

gación realizada, que ha dado lugar a esta obra tan sistemática y ordenada que facilitará, sin duda, criterios suficientes que contribuyan a solucionar los distintos casos de liquidación del estado posesorio, especialmente en lo que se refiere a los gastos y mejoras.

Carmen JEREZ DELGADO

PLAZA PENADÉS, Javier: *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 407 pp.

A quienes no se encuentren muy familiarizados con la literatura española sobre propiedad intelectual, puede llamarles la atención el título de esta monografía, pues resulta sin duda chocante proclamar la protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución Española (CE) de una materia, como es el derecho de autor, que se halla conocidamente regulada desde hace años mediante una ley ordinaria.

En efecto, a nadie escapa que hacer radicar la fundamentación constitucional del derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE, tendría como probable consecuencia la inconstitucionalidad, cuando menos parcial, de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), dado que su carácter ordinario contravendría el mandato que se deriva del artículo 81 CE. Pese a todo, esta primera consecuencia podría neutralizarse si, como propone Plaza Penadés (pp. 264-265), se atiende a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) acerca del carácter orgánico de las leyes, a saber: para merecer tal carácter no basta con que una disciplina legal afecte a un derecho fundamental, sino que es preciso que desarrolle directamente los elementos esenciales del mismo. Dado que, en el mejor de los casos –es decir, para los partidarios de hacer radicar la protección constitucional del derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE–, sólo una pequeña parte de la materia que regula la LPI es desarrollo directo de dicho derecho fundamental, resultaría de todo punto desaconsejable congelar su rango.

Junto a la anterior, señala Plaza Penadés una segunda consecuencia derivada de ubicar la sede constitucional del derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE (p. 185). Y es que, de conformidad con el artículo 53.2 CE, cabría entonces la posibilidad de articular su protección por medio, primero, de un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en última instancia a través del recurso de amparo ante el TC.

Sea como fuere, el hecho es que el legislador evitó dar a la LPI el rango de ley orgánica. Posteriormente el TC –al que no le han faltado oportunidades para hacerlo– ha declinado pronunciarse sobre el tema. Ello, en lugar de ser interpretado unánimemente como una expresión de su aquiescencia hacia el rango de la Ley, ha propiciado la aparición de una corriente doctrinal favorable a fundamentar el derecho de autor, o parte del mismo, en el artículo 20.1.b) CE. Las tesis de Plaza Penadés se inscribirían dentro de esa corriente.

La monografía se estructura en tres partes. En la primera se analizan, por un lado la evolución histórica, y por otro la naturaleza jurídica del derecho de autor. Los objetivos que se marca Plaza Penadés difieren sustancialmente en uno y otro caso.

Con el análisis de la evolución histórica, como él mismo señala, no pretende describir sin más las distintas etapas en la evolución del derecho de autor, sino ante todo demostrar «que la preocupación por la defensa de los intereses personales o morales ha estado siempre presente en la mente de los distintos autores, con independencia de su mayor o menor reconocimiento en el orden jurídico» (p. 44). Sin duda es éste un propósito ambicioso. Es obvio que, con carácter previo al reconocimiento de ciertos derechos morales en la revisión del Convenio de Berna (CRB), que tuvo lugar en Roma en el año 1928, se había ido gestando un estado de opinión doctrinal y jurisprudencial al respecto. En este sentido, me parece correcto traer a colación algunos de los fallos emanados de tribunales franceses, o las opiniones de teóricos como Gierke (pp. 90-93). Considero, sin embargo, bastante más arriesgado defender que también durante la etapa de los privilegios de impresión, o en los primeros compases de la protección del derecho de autor como un derecho subjetivo, se hallaba presente una clara preocupación por los intereses morales de los autores (pp. 86-89).

Por lo que se refiere al examen de la naturaleza jurídica del derecho de autor, Plaza Penadés confiesa que su única pretensión es la de repasar algunas de las más importantes teorías formuladas al respecto, con el ánimo de destacar los aciertos de cada una y descubrir su grado de influencia en la legislación actual (p. 105). El estudio de la naturaleza jurídica le lleva a reflexionar, de forma especialmente intensa, sobre el debate en torno al carácter monista o dualista del contenido del derecho de autor, es decir, en torno al carácter homogéneo o heterogéneo de las facultades que lo integran.

En este último aspecto, Plaza Penadés maneja un importante grado de eclecticismo (pp. 172-173), que se complace mal con sus tesis de fondo. En efecto, si —como afirma en su conclusión VII (p. 383)— algunas de las facultades que integran el derecho moral de autor tienen su sede constitucional en el artículo 20.1.b) CE, ello determinaría —según creo— una separación lo suficientemente irreconciliable entre facultades morales y patrimoniales como para sostener cualquier concepción dogmática distinta del dualismo.

El tema principal de la monografía comienza a centrarse a partir de la segunda parte del libro. Seis son los aspectos examinados en ella, de todos los cuales se quiere extraer la conveniencia de entender protegido el derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE: la protección del derecho de autor en los Convenios internacionales, y señaladamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); el reconocimiento del derecho de autor en constituciones de otros países; los trámites parlamentarios relativos a la gestación del artículo 20.1.b) CE; la interpretación jurisprudencial del mismo; la interpretación doctrinal del mismo; el problema del carácter orgánico de la LPI.

El artículo 27.2 DUDH prescribe la salvaguarda de los intereses, morales y materiales, que correspondan a toda persona por razón de las producciones literarias, científicas o artísticas de que sea autora. Se trata de un precepto sistemáticamente invocado por los partidarios de encuadrar el derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE, a fin de respaldar sus argumentos. En el caso de Plaza Penadés, sin embargo, tal invocación se presenta, en gran medida, como algo

inocuo. De hecho, en su conclusión I (p. 379) sostiene que el artículo 27.2 DUDH «debe guiar *cualquier interpretación* sobre la protección constitucional del derecho de autor» [la cursiva es mía].

Frente a esta conclusión, sucede que el artículo 10.2 CE ordena tener en cuenta la DUDH para interpretar las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales y libertades, es decir, que no serviría para interpretar el artículo 33 CE, caso de que se considerase (como consideramos algunos) que allí radica la protección constitucional del derecho de autor. ¿Debe tenerse en cuenta, entonces, para interpretar el 20.1.b) CE? De hacerse así, se estaría juzgando que el contenido de ambas normas es coincidente, lo cual representa una primaria tarea interpretativa que, desde mi punto de vista, supone forzar excesivamente la literalidad del artículo 20.1.b) CE.

En todo caso, más allá del mandato del 10.2 CE, lo cierto es que el artículo 27.2 DUDH obliga porque forma parte del ordenamiento jurídico español. Lo importante, por tanto, no es si tal precepto sirve o no para interpretar el artículo 20.1.b) CE. Lo importante es que su mandato se cumpla. Y no me cabe duda de que en España se cumple, por más que la LPI sea una ley ordinaria y la sede constitucional del derecho de autor se ubique en el artículo 33 LPI. Baste, si no, comprobar las exigencias que, según Plaza Penadés, se derivan del 27.2 DUDH (pp. 193-194), y dígase honestamente si tales exigencias no están perfectamente salvaguardadas de conformidad con nuestra normativa actual sobre derecho de autor. ¿A qué, pues, postular la necesidad de su ubicación en el artículo 20.1.b) CE?

En cuanto al reconocimiento del derecho de autor en las constituciones de otros países, no debe olvidarse que lo que Plaza Penadés trata fundamentalmente de combatir no es la opinión de que el derecho de autor carezca *por completo* de reconocimiento constitucional, sino la de que su protección sea la misma que corresponde a la propiedad ordinaria. Por eso, mejor que certificar el reconocimiento que se produce en las constituciones de Estados Unidos, Argentina, Venezuela, Brasil o «algunos *Länder* de Alemania» (pp. 197-198), hubiera sido ahondar en aquellos sistemas en los que la protección constitucional del derecho de autor se escinde en diversos preceptos, que es lo que en definitiva viene a sostener el autor de esta monografía. En particular, ése parece ser el caso alemán. Lo que ocurre es que, tal y como Plaza Penadés lo refiere (p. 200), no termina de quedar claro en qué medida se trata de una interpretación propia, de una construcción de Hubmann y algún otro representante de la doctrina alemana, o de una conclusión alcanzada por el TC alemán. Se echa en falta un examen de las decisiones de este órgano a las que Plaza Penadés alude, sin citarlas, en una nota a pie de página. En conjunto, no creo que del estudio comparativo realizado por Plaza Penadés se deduzca de manera incontestable que, en España, la sede más lógica para el derecho de autor, o para algunas de las facultades que lo integran, sea el artículo 20.1.b) CE.

La tramitación parlamentaria del artículo 20.1.b) CE es el siguiente de los elementos que Plaza Penadés aporta para apuntalar su tesis. Especialmente caro le resulta al autor de la monografía el texto que rezaba en el artículo 20.2 del Anteproyecto de Constitución, cuya literalidad aparece mucho más próxima a sus posiciones. Por eso pormenoriza el rechazo de las enmiendas que a dicho precepto se propusieron, pero atribuye a razones sistemáticas sin trascendencia el abandono de la redacción que originariamente poseía, para seguidamente subra-

yar que «el verdadero significado del derecho a la creación y producción intelectual (...) debe encontrarse en la redacción originaria del texto del Anteproyecto» (p. 204). Lo que es más, del texto del Anteproyecto deduce que en el ánimo de los redactores de la Constitución estaba el constitucionalizar tan sólo aquellos derechos de propiedad intelectual inherentes al autor, lo que por cierto considera acorde con lo preceptuado en el artículo 27.2 DUDH. ¿Quiere decir con esto que los intereses materiales de los autores –de los que también habla el artículo 27.2 DUDH– tendrían igualmente su fundamento constitucional en el artículo 20.1.b) CE? Volveré sobre esta inaceptable (pero lógica) consecuencia más adelante.

En el apartado relativo a la interpretación judicial del artículo 20.1.b) CE, son objeto de análisis las muy conocidas Resoluciones del Tribunal Supremo (TS) –de 21 de julio de 1965 y 9 de diciembre de 1985– y del TC –35/1987, de 18 de marzo– recaídas en el caso del escultor Pablo Serrano, así como la sentencia del TS, de 3 de junio de 1991. Ni qué decir tiene que la primera de todas estas Resoluciones, aunque importante para comprender la problemática del caso Serrano, queda en realidad al margen de la cuestión que se trata de resolver, por cuanto recayó con anterioridad a la promulgación de la CE.

De la del año 1985 se examinan separadamente los aspectos de forma y los de fondo. Por lo que respecta a los primeros, Plaza Penadés nos convence de que no fue acertada la decisión del Alto Tribunal cuando rechazó la posibilidad de proteger en la vía civil, mediante el procedimiento regulado en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (LPJDFP), el derecho recogido en el artículo 20.1.b) CE (pp. 213-222). Lo que, por otra parte, no significa que en dicho artículo radique la sede constitucional del derecho de autor.

En cuanto a los aspectos de fondo (pp. 224-228), Plaza Penadés se muestra perplejo ante la distinción que el TS trazó entre la libertad para crear o producir obras, y el derecho que surge sobre el resultado de tales actividades de creación o producción. Le parece inaceptable fijar el momento de la creación intelectual como frontera entre sendos bienes jurídicos. Su perplejidad no es en absoluto compatible, pues resulta evidente que los poderes públicos –a quienes, no se olvide, va primariamente dirigido el mandato del artículo 20.1.b) CE– pueden recortar con sus actuaciones el ámbito de libertad que los creadores intelectuales necesitan para desarrollar su actividad (*v. gr.*, promoviendo o vetando ciertas formas, géneros o temas de creación).

Las opiniones vertidas por el Magistrado Fernández Rodríguez en su voto particular a la sentencia, de 9 de diciembre de 1985, se hallan más próximas a la postura defendida por Plaza Penadés. Para aquel Magistrado el artículo 20.1.b) CE constitucionaliza el *núcleo esencial* del derecho de autor a la protección de sus intereses morales y patrimoniales. Plaza Penadés opina que dicho «núcleo esencial» equivale a lo que la LPI llama en su Exposición de Motivos «núcleo esencial del objeto de la presente Ley». Sin embargo, me temo que la expresión está utilizada, en ambos casos, con acepciones bien diferentes. A lo que el legislador ha querido referirse con la expresión «núcleo esencial» es a los derechos de autor (regulados en el Libro I de la LPI), por oposición a los otros derechos de propiedad intelectual (regulados en el Libro II de la misma), fundamentalmente los de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos y audiovisuales y entidades de radiodifusión. Por otro lado, no se comprende que Plaza

Penadés suscriba aquí esta interpretación cuando más adelante va a proponer que el objeto de protección del artículo 20.1.b) CE se extienda a los artistas, en la medida en que también éstos son titulares de algunas facultades de índole moral (p. 363).

En relación con las diversas teorías doctrinales que se han formulado a propósito del contenido que quepa atribuir al artículo 20.1.b) CE, Plaza Penadés las agrupa en tres grandes conjuntos: el primero de ellos sería el de quienes defienden que el derecho a la creación y producción intelectual del artículo 20.1.b) CE es un derecho de libertad, ligado a la más genérica libertad de expresión, y por lo tanto netamente distinto del derecho de autor; en segundo lugar, está el grupo de los que consideran que todo el derecho de autor está íntegramente protegido en el artículo 20.1.b) CE; por último, aparece el sector doctrinal partidario de escindir en dos la protección constitucional del derecho de autor, de manera que en el artículo 20.1.b) CE radicaría el fundamento de los derechos morales, y en el 33 CE el de los derechos de índole patrimonial.

Como era previsible, los argumentos esgrimidos por los autores pertenecientes al primer grupo son meticulosamente rebatidos (pp. 240-247). Destaca sobre todo el argumento relativo a la censura previa. Tratándose, como se trata con todos los recogidos en las cuatro letras del artículo 20.1 CE, de derechos de libertad, el artículo 20.2 CE prohíbe la instauración de cualquier tipo de censura previa. Pues bien, Plaza Penadés acude –siguiendo a M. González López, *El derecho moral de autor en la Ley española de propiedad intelectual*– a la STC 52/1983, de 17 de junio, para recordar que la censura previa puede consistir en una medida limitativa tanto de la elaboración como de la difusión de una obra intelectual, lo que apuntaría en la dirección de que el derecho de autor debe hallar su sede en el artículo 20 CE.

En conexión con este aspecto, nuevamente se extiende (en nota a pie de página núm. 418) a propósito de lo paradójico que resulta desvincular –como hizo el TS en su sentencia, de 9 de diciembre de 1985– el derecho a crear y producir obras, y el derecho de autor sobre las obras una vez creadas. Recuperando una opinión de Rodríguez Tapia, Plaza Penadés considera que, entendido así, el derecho del artículo 20.1.b) CE estaría vacío de contenido, puesto que «nadie puede impedir *a priori* que alguien cree una obra. Lo que sí puede impedirse es la difusión de la obra ya terminada (...)». La insistencia de Plaza Penadés (y otros) en considerar carente de contenido, y por ende imposible de vulnerar, la libertad de creación intelectual como tal, ciega su imaginación –o, lo que es más preocupante, su memoria– a situaciones en las que aquella libertad puede verse recortada por los poderes públicos.

Desde mi punto de vista no se trata de un problema de separación entre fases creativas, esto es, de que la libertad de creación proteja la obra intelectual *in fieri*, y el derecho de autor la obra ya terminada. Claro que la libertad de creación puede verse afectada una vez la obra ha sido terminada (como lo ilustra la persecución de Salman Rushdie por la publicación de su célebre novela *Versos satánicos*), y claro que el derecho de autor puede proyectarse sobre obras inacabadas, tales como ensayos o bocetos [*vid.* artículo 10.1.e) LPI]. Garantizar la libertad de creación a los ciudadanos de un país es asegurarles que los poderes públicos no van a poner obstáculos para que su capacidad creativa e inventiva se manifieste libremente, así como que tampoco se producirán represalias por el ejercicio de dicha libertad. Garantizar, en cambio, los derechos de autor es asegurar que la

explotación de una obra devengará unos rendimientos económicos en favor de su autor, así como que éste podrá controlar determinados aspectos de la utilización de su obra, incluso una vez ésta haya sido puesta en circulación.

Tampoco coincide plenamente Plaza Penadés con los partidarios de ubicar en el artículo 20.1.b) CE el contenido completo del derecho de autor, es decir, los intereses tanto morales como patrimoniales. La razón es que estos últimos carecerían de la nota de inherencia a la persona del autor (p. 250). Curiosamente, aquí no se observa ningún reparo en acudir a la sentencia del TS, de 9 de diciembre de 1985, buscando auxilio interpretativo, siendo así que con anterioridad hemos leído por dos veces (en pp. 214 y 228) que los pronunciamientos sobre el fondo que hacía el TS en este fallo merecían considerarse *obiter dicta*.

No puedo dejar de llamar la atención, asimismo, sobre la particular visión que Plaza Penadés ofrece de los derechos de explotación de los autores (p. 250), los cuales no serían sino «creación artificial del Derecho» o «creación discrecional del Derecho para incentivar la producción de creaciones intelectuales». Me pregunto qué otra cosa podrían ser, y sobre todo qué otra cosa cree Plaza Penadés que son las normas que regulan los derechos morales de autor, la Constitución Española o cualquier otra norma jurídico-positiva.

Pues bien, según él, no se puede predicar la ubicación en el artículo 20.1.b) CE de estos derechos patrimoniales de autor porque no serían inherentes ni esenciales a la persona. Pero páginas atrás ha sostenido cumulativamente que: (a) el significado del artículo 20.1.b) CE ha de encontrarse en el texto del Anteproyecto de la Constitución, lo que quiere decir que sólo se querían constitucionalizar allí los derechos inherentes al autor (p. 205); (b) eso es coherente con el artículo 27.2 DUDH (p. 205); (c) de lo dispuesto en este último se deduce también, entre otras cosas, la exigencia de atribuir originariamente al autor derechos de índole patrimonial (p. 194). Así pues, es legítimo que surja la duda: si los intereses patrimoniales son inherentes también en algún grado a la persona del autor, ¿por qué no aceptar que su sede constitucional sea también el artículo 20.1.b) CE?

La inocuidad de apelar al artículo 27.2 DUDH a la que antes me he referido, tal vez llegue a su grado máximo cuando Plaza Penadés pasa a analizar las opiniones del tercer grupo doctrinal, es decir, las de aquellos que piensan que la fundamentación constitucional del derecho de autor estaría fragmentada en dos preceptos: los derechos morales en el artículo 20.1.b) CE; los de explotación en el 33 CE. Resulta que donde la DUDH no distingue, la CE sí puede distinguir. Después de haber sido persuadidos de que el artículo 27.2 DUDH tenía que estar regulando algo muy diferente del artículo 33 CE, porque para eso está en la DUDH el artículo 19 que se refiere a la propiedad (p. 241), nos enteramos de que parte del contenido del artículo 27.2 DUDH sí que puede ir a parar sin problemas al artículo 33 CE (p. 254).

Una buena muestra –dice el autor de la monografía, en p. 271– de que los derechos patrimoniales deben reconducirse al artículo 33 CE es que allí se menciona la función social de la propiedad, como límite que modula el ejercicio de este derecho. Expresión directa de esa función social serían los límites a los derechos de autor que la LPI regula en sus artículos 31 ss. Olvida Plaza Penadés que también hay allí, por ejemplo, un límite (el del art. 40 LPI) que afecta en la línea de flotación a los derechos morales (en concreto al derecho de divulgación). Su argumento podría entonces utilizarse para sostener

que también los derechos morales, o algunos derechos morales, o el ejercicio de ciertos derechos morales por determinados sujetos, tiene su fundamento constitucional en el artículo 33 CE.

Termina así, prácticamente, esta segunda parte de la monografía, rematada con un epígrafe relativo al problema del carácter orgánico de la LPI, cuya solución fue apuntada al comienzo de esta recensión. Este epígrafe tiene un valor autónomo con respecto al resto de cuestiones abordadas, y sirve para apoyar la tesis de Plaza Penadés, a fin de sostener que aunque parte de la materia regulada por la LPI afecta al artículo 20.1.b) CE, de acuerdo con la doctrina del TC sobre esta cuestión eso no obliga a dotar de carácter orgánico a la Ley en su conjunto, en la medida en que toda ella no es un desarrollo directo de un derecho fundamental.

En el comienzo de la tercera parte, Plaza Penadés –en coherencia con su concepción de que la libertad de creación, aisladamente considerada, constituye un bien jurídico inexistente– afirma que el sujeto titular del derecho regulado en el artículo 20.1.b) CE sólo puede ser el creador y no cualquier persona, porque si nada se ha creado (ni siquiera un boceto) no habría nada que proteger. Esto es como decir que la libertad de reunión no se debe proteger hasta tanto los sujetos titulares de la misma no se hayan reunido. Para reforzar su tesis Plaza Penadés llega a apelar incluso a la falta de protegibilidad de las ideas, como si defender la existencia de una libertad de creación, en tanto bien jurídico distinto y separado del derecho de autor, fuese equivalente a sostener que las ideas merecen protección por el derecho de autor.

La exégesis se dirige a continuación a las expresiones «creación» y «producción». Para Plaza Penadés, no sólo nos hallamos ante dos sustantivos concretos, y no abstractos (es decir, que aluden al resultado de una actividad y no a la actividad en sí), sino que también se trata de dos términos sinónimos. Intenta eludir, de este modo, que puedan tener amparo en el artículo 20.1.b) CE actividades de financiación y sostenimiento económico de la labor de creación intelectual y técnica, lo que sería obviamente aniquilador de su tesis, pues no tendría sentido proteger al mismo nivel los derechos de los productores (que siempre son patrimoniales y adquiridos derivativamente) y los de los autores. En cambio, si se observa el derecho del artículo 20.1.b) CE como lo que es –un derecho de libertad–, no hay el menor inconveniente en abrazar juntos los intereses de esos dos grupos de sujetos. Yo, sinceramente, me pregunto qué necesidad tenía el constituyente de incluir en el artículo 20.1.b) dos términos sinónimos.

Resulta significativo que Plaza Penadés evite referirse en este punto a otro concepto que también está presente en el artículo 20.1.b) CE, como es el derecho a la libre creación y producción *técnica*, cuarto y último de los adjetivos mencionados en el precepto. No es precisamente beneficioso para su tesis la presencia de esta última forma de creación y producción, dado que los inventores carecen de derechos morales. Así es que se decanta sencillamente por dejarlo fuera de su campo de análisis (p. 32).

Un escollo más que Plaza Penadés ha de superar para sacar adelante su línea de argumentación es el siguiente: como –según él– el derecho al que se refiere el artículo 20.1.b) CE es –siquiera sea en parte– el derecho de autor, el objeto protegido no puede ser en última instancia sino la obra intelectual. Pero, claro, el derecho de autor no protege todas las obras, sino únicamente aquellas que

constituyan creaciones originales, en vista de lo cual decide sumergirse en la labor de interpretar qué debe entenderse por «creación original».

Tras exponer, con acierto, en qué consisten la concepción subjetiva y objetiva de originalidad, Plaza Penadés considera que ambos criterios son en el fondo insuficientes para llevar a cabo una valoración de la originalidad, y que por tanto hay que buscar otros criterios complementarios que «permitan cuantificar el grado de esfuerzo creador o de aportación personal del autor» (p. 299).

El primer *criterio complementario* propuesto por Plaza Penadés tiene que ver con el principio de la falta de protegibilidad de las ideas: todo lo que se aleje de las puras ideas, en el sentido de ser sólo una de las varias formas posibles de expresar una idea, merece ser considerado original. Subyugado por este principio, Plaza Penadés cree haber encontrado la manera de superar la clásica discusión entre originalidad objetiva y originalidad subjetiva. Nada más lejos, sin embargo. Se trata de debates diferentes. La falta de protegibilidad de las ideas queda en un nivel previo a la discusión acerca de la originalidad de una obra. La noción de «idea» se contrapone a la de «forma expresiva», pero a dicha forma expresiva (alejada de lo que es mera idea) le faltará todavía superar el test de la originalidad. Para ser original una obra tiene que ser, pues, algo más que una de las posibles formas de expresión de una idea.

El segundo *criterio complementario* se conecta con el hecho de que la originalidad también puede radicar en la selección y disposición de los elementos de la obra, o sea, no sólo o no necesariamente en la expresión. Habrá originalidad si la forma elegida de disposición/selección de los elementos que componen la obra no es la única posible. De acuerdo, pero el interrogante sigue siendo el mismo: ¿qué sucede si semejante selección o disposición de los elementos de una obra ya ha sido utilizada por otro sujeto? ¿Basta apelar a la espontaneidad o desconocimiento de esa obra anterior? En el fondo, como se ve, Plaza Penadés no resuelve nada a propósito de las dos posibles formas –subjetiva u objetiva– de entender la originalidad. Su excursión a propósito de que la originalidad puede radicar bien en la forma de expresión, bien en la estructuración, no añade nada que no se supiera al debate en torno al concepto de originalidad.

Después de este examen sobre la noción de «creación original», Plaza Penadés se centra definitivamente en el análisis del contenido del derecho del artículo 20.1.b) CE.

Las páginas dedicadas a trazar la distinción entre la libertad de expresión y la libertad de creación y producción intelectual están, a mi juicio, entre lo mejor de esta monografía. Diría que Plaza Penadés casi convence al decir que no se trata sólo de proteger la libertad de elegir el tema a expresar, sino la de elegir la forma de expresarlo. No estoy de acuerdo, en cambio, en que esa libertad perdure más allá de creada la obra con el contenido que él pretende asignarle, es decir, que sirva para proteger intereses como el respeto a la integridad de la obra o similares.

Ésa es, en definitiva, la tesis de Plaza Penadés, y a la que dedica las últimas cincuenta páginas del libro: el artículo 20.1.b) CE sería el fundamento *tan sólo de algunas* de las facultades morales del autor, en concreto de aquellas que se pueden considerar nucleares, inherentes a la persona del autor. ¿Cuáles son ésas? A tenor de lo que Plaza Penadés nos dirá en su conclusión VIII (p. 384), las que asisten al autor para decidir, tanto antes como después

de la creación, cuál debe ser la forma y contenido de su obra, así como para exigir el debido respeto a la misma.

¿La facultad de decidir cuándo y en qué forma divulgar su obra? Sí, aunque con el matiz de que violar el derecho de inédito del autor, es decir, su decisión de no divulgar, constituiría también un ataque a su intimidad, y por lo tanto protegible a través del procedimiento instaurado por la Ley 1/1982 y reconducible en última instancia al artículo 18 CE. La protección constitucional prevista para el derecho a decidir la divulgación debe hacerse extensiva, a juicio de Plaza Penadés, al derecho a divulgar la obra anónimamente o bajo seudónimo o signo.

¿*Quid* del derecho de modificación y arrepentimiento (retirada de la obra del comercio)? Parece que ambos tendrían su sede en el artículo 20.1.b) CE, si bien el segundo de ellos cumulativamente hallaría fundamento en la libertad ideológica (art. 16 CE).

En cuanto al derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra, en principio parece que lo encuadra preferentemente dentro de la protección al honor, es decir, bajo el refugio del artículo 18 CE. Y lo mismo sucede con el derecho a exigir el respeto de la condición de autor (derecho de paternidad), si bien Plaza Penadés es un tanto ambiguo en uno y otro caso.

Por último, el derecho de acceso al ejemplar raro o único de la obra aparece conceptualizado como un derecho moral *pero menos*. ¿Cuál sería su fundamento constitucional? Para Plaza Penadés el de aquel derecho cuyo ejercicio se trata de poner en práctica con el acceso a tal ejemplar (es decir, el de divulgación o alguno de los derechos de explotación).

Sobre el derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes ya adelanté que Plaza Penadés es partidario de hacer extensivas, en lo pertinente, las anteriores consideraciones, esto es, el artículo 20.1.b) CE sería también la sede constitucional del derecho moral de los artistas (p. 363), aunque no obstante su vulneración podría considerarse sin problemas una lesión de su derecho al honor. En su ánimo parece estar el borrar, de forma un tanto heterodoxa, toda frontera entre la condición de artista y la de autor. Creo que, de ser tomadas al pie de la letra, afirmaciones como la de que «cuando su interpretación es original, fruto de su ingenio creativo, se genera un vínculo entre el artista intérprete y su representación o interpretación, (...) que debe gozar (...) de un grado de protección equivalente al que tiene el autor sobre su obra» (p. 355), determinarían la necesidad de que el Libro II de la LPI comenzase en el artículo 114, en lugar de en el artículo 105.

En resumen, nos hallamos ante un libro enormemente sugerente, cuyo autor se ha pertrechado de numerosos recursos argumentativos a fin de apuntalar sus tesis, y que obligará a un notable esfuerzo de reflexión y persuasión a contradictores menos urgentes que el que suscribe estas páginas. Es digno de alabanza que alguien se haya tomado tan en serio un tema, como es el de la protección constitucional del derecho de autor, que había sido objeto de numerosos artículos o comentarios de poca extensión, pero nunca hasta ahora de una monografía. Espero, sin embargo, que la propuesta de Plaza Penadés no encuentre demasiado eco entre los operadores jurídicos, y se evite así una avalancha –a mi juicio innecesaria– de recursos de amparo ante el TC.