

Capítulo décimo

LOS LLAMADOS DERECHOS “MORALES” DEL AUTOR EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS	143
I. Un marco constitucional discutido	145
II. De la propiedad intelectual a los derechos del autor.	151
III. Unos insólitos “derechos morales”.	154
IV. El diseño jurídico de la creación artística	156
V. Unos derechos muy personales.	159
VI. La comunicación como criterio interpretativo prioritario	163
VII. El discutido alcance de la “comunicación pública”	172
VIII. Derechos del autor y derecho al acceso a la cultura	173
IX. Los derechos del autor en el ámbito europeo y su incidencia en la reciente actividad parlamentaria	174

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS LLAMADOS DERECHOS “MORALES” DEL AUTOR
EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS*

El conocido tópico de la “aceleración histórica” parece llamado a dejar, de manera especialmente expresiva, su impronta sobre la regulación de los derechos de los autores. No deja de ser sintomático que, mientras transcurrieron más de cien años entre nuestras dos leyes relativas a la llamada “propiedad intelectual”, han bastado ocho para que la última haya debido modificarse,¹ se hayan tramitado varios proyectos legislativos destinados a introducir (“trasponer”, según tiende a decirse, creativamente) en nuestro ordenamiento varias directivas europeas y llegue, incluso, a anunciarse la elaboración de un texto refundido,² que no renunciaría a introducir modificaciones ulteriores.

* Ponencia presentada al Curso sobre “Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales” organizado por el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 1995, del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1998), 2 de diciembre de 1998.

¹ Ya el 12 de junio de 1990 queda de relieve la convicción del gobierno de que algunos objetivos no suficientemente regulados en la Ley no se están consiguiendo, al presentar una proposición no de ley el Grupo Socialista, que anima a mejorar “la protección de los derechos de autor frente a las vías de defraudación que la nueva tecnología introduce a través de la piratería”. Se debatiría ante el Pleno del Congreso el 26 del mismo mes (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 46). El 11 de diciembre de 1991 el diputado socialista Martínez Martínez plantea una pregunta oral ante el Pleno, en la que alude ya directamente al artículo 25 de la Ley, que había dejado en el aire el modo de hacer efectiva la compensación por copia privada (*ibidem*, núm. 153).

² En la Exposición de Motivos de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 91/250/CEE, del 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, se afirma que “las escasas modificaciones” que introduce en la de propiedad intelectual “está previsto que queden clarificadas, regularizadas y armonizadas en el texto refundido que el gobierno deberá dictar” en dicha materia. Tal previsión no dejará de suscitar reiterados recelos, durante el trámite parlamentario de iniciativas posteriores, al entender el senador popular Soravilla que se pretende actuar “hurtando de esa ma-

La ley de 1987 tuvo, por otra parte, la virtud de sensibilizar a los protagonistas de tan variada gama de actividades, llevándoles a multiplicar las entidades que asumen la defensa de sus derechos y animándoles a atraer la atención de la sociedad sobre sus reivindicaciones. Por si fuera poco, la apertura de las llamadas “autopistas de la información” anuncia un cambio de escenario en el juego práctico de estos derechos,³ de consecuencias no fácilmente previsibles.

Todo ello no hace, a nuestro juicio, sino aumentar el interés de una posible reflexión sobre algunos conceptos básicos que han cobrando especial protagonismo en el debate doctrinal, han dejado su impronta en los trámites parlamentarios y acabarán siendo decisivos en la propia tarea judicial.

Los dedicados a la filosofía jurídica se sienten llamados, quizá por delirios de grandeza, a asumir en las facultades de derecho el papel que a la filosofía compete en el ámbito del saber: hacer de incómodo tábano que mantenga la vitalidad de seres más presentables y útiles, como ya señalara el mítico Sócrates. El científico se considera obligado a aportar respuestas, que zanjen con eficacia problemas pendientes. Los presuntos científicos del derecho se esfuerzan por elaborar una “dogmática jurídica” capaz de cumplir similar función en lo que a los problemas de los juristas se refiere. Al filósofo del derecho corresponde —como al filósofo a secas respecto al científico— la tarea, entre inoportuna y lúdica, de

nera el debate a las Cámaras” (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, V Legislatura, Comisión de Educación y Cultura, núm. 162, 15 de diciembre de 1994, pp. 3 y 14). El polémico texto acabaría siendo publicado por el gobierno socialista aún en funciones, antes de la toma de posesión de sus sucesores, por Real Decreto 1/1966, del 12 de abril, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 22 del mismo mes.

³ Casi podría ya aplicarse a la Ley 22/1987, del 11 de noviembre, como si hubiera pasado otro siglo, la afirmación del segundo párrafo de su propia Exposición de Motivos: “el legislador de entonces no podía prever las profundas transformaciones sociales sobrevenidas y, más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez en la historia, el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual”. En el ámbito de las instituciones europeas, el “Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico. Problemas de derechos de autor que requieren una acción inmediata”, 1.4.2, muestra también preocupación “por el hecho de que las nuevas tecnologías dificultan, o incluso impiden, el control de la explotación o el usufructo de una obra” (*Propiedad intelectual*, Madrid, Secretaría General, Congreso de los Diputados, Documentación núm. 92, febrero de 1992, p. 148).

cuestionar no la exactitud de sus respuestas sino si las preguntas estaban adecuadamente planteadas.

Los partidarios del juez científico se esfuerzan por suministrarle las técnicas oportunas para afrontar ese agobiante imperativo que le impide aplazar su decisión, con la esperanza de que parezca menos problemática. Los que consideran que el juez nunca deja de ser filósofo deben contribuir a recordarle preguntas pendientes, para que sus respuestas no busquen refugio en los burladeros de la técnica sino que, conscientes de su inevitable imperfección, aspiren siempre a acercarse en lo posible a colmar las exigencias que brotan de la siempre pendiente pregunta por lo justo.

Como parlamentario debo sentirme responsable de los textos, manifiestamente mejorables, que en nombre de la soberanía popular ponemos en manos de los jueces, creándoles más problemas de los que les ayudamos a resolver. El que, como ocurrió en el debate de nuestra Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (en adelante la Ley, por antonomasia), la mayor parte de mis propuestas recibieran el merecido reservado a las de la oposición,⁴ lo cual no me hace sentirme menos culpable. Queda, en todo caso, disponible la experiencia que ése y algún otro trámite parlamentario posterior pueda llevar consigo.

I. UN MARCO CONSTITUCIONAL DISCUTIDO

Pocas figuras más interesantes que la “propiedad intelectual” para esenificar las fluctuantes relaciones entre dogmática jurídica y realidad social, al compás del dinamismo histórico que a esta última caracteriza.

La cuestión supera una mera discusión gremial, destinada a solventar si determinada institución ha de considerarse propiedad (valga la redundancia) de civilistas,⁵ penalistas o constitucionalistas. Son aspiraciones per-

⁴ Tuvimos ocasión de intervenir activamente, como portavoz de la Agrupación de Diputados del PDP. Lo analizamos críticamente, en el contexto de la literatura científica del momento, en nuestro trabajo “Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate”, *Poder Judicial*, 1988, 11, pp. 31-86. No tendría mucho sentido, ni lo permite el tiempo, reiterar ahora aquel prolijo examen, al que remitimos a los especialmente interesados. Por idéntica razón, en las ocasionales referencias bibliográficas, prestaremos más atención a publicaciones aparecidas con posterioridad.

⁵ C. Rogel Vide da por hecho que “para conocer la propiedad intelectual, haya de saberse, previamente, lo que la propiedad sea, y sus caracteres, y sus atributos, y las facultades que la componen y los medios de defenderla”, para derivar de ello que “la in-

sonales que el derecho ha de reconocer (los derechos) y aspectos de la realidad social que debe regular lo que está en juego. Desde esta perspectiva, no será lo mismo, a la hora de interpretar todo lo relativo a los derechos de los autores, establecer el centro de gravedad en los fundamentos mismos de la Constitución, sea cual sea el efectivo alcance y los límites de sus derivaciones posteriores, que insertarlos en un concreto ámbito del ordenamiento jurídico, para reducir los posibles parentescos constitucionales a una dimensión casi meramente retórica.

La evolución del tratamiento de los derechos de los autores arranca de la conversión de los antiguos *privilegios* de los creadores artísticos en *derechos* propiamente dichos. Tan decisiva transformación cobró muy especial relieve al verse tales derechos configurados como una versión peculiar de la *propiedad*. Es preciso no olvidar que en 1879 hablar de la propiedad era hacerlo del derecho por excelencia, prácticamente identificado con una libertad que —desde una perspectiva ligada al “individualismo posesivo”— se venía entendiendo como la capacidad de actuar como dueño de sí mismo.⁶ Los autores debutaban así en el escenario jurídico pudiendo ejercer los derechos dotados del rango más *fundamental* imaginable en aquella coyuntura histórica.

Es oportuno recordarlo, para evitar que pueda entenderse que el reclamo del carácter de “derecho fundamental” para tales dimensiones del actuar humano pueda atribuirse a zascandileo y afán de novedades, más que a directo conocimiento de la realidad jurídica examinada. No se trata de reivindicar para los autores nuevos horizontes de reconocimiento jurídico, sino de evitar que acaben desprovistos del que, de modo más o menos consciente, ya se les atribuyó.

La vinculación entre derechos del autor y propiedad, a través de la entonces llamada “propiedad literaria”, rompía a la vez —sin duda, positivamente— con la dimensión cuasiangélica que tiende a atribuirse a las actividades de creación cultural, tradicionalmente emparentadas con un

vestigación y la enseñanza” del derecho de autor y de los derechos conexos “es tarea propia de los civilistas”. Dogmática jurídica aparte, las consecuencias reales son previsibles: los derechos de los autores tendrán como “límites y cargas” “los que juegan para la propiedad en particular” y los específicos contemplados en la ley (*Estudios sobre propiedad intelectual*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 17 y 141).

⁶ “Sin ese derecho, que asegura al hombre la propiedad de sus conquistas, limitaría el concepto de su personalidad”, había dicho Danvila al presentar ante las Cortes la proposición de Ley de 1879 (*cf. Propiedad Intelectual, cit.*, nota 3, Documentación núm. 46, febrero 1986, p. 334b).

sobrio amor al arte. Decenios después se producirá, sin embargo, una inflexión de signo contrario; se trata ahora de evitar la reducción de los derechos del autor a su dimensión meramente patrimonial, con el peligro de marginar aquéllos que derivarían de la permanente vinculación del autor a su obra, aun después de haberla enajenado. Entran así en escena los llamados derechos “morales”, de los que habremos de ocuparnos con mayor detenimiento.

Desde el inicio de este proceso se ha producido una doble evolución. Por una parte, al avanzar planteamientos de mayor dimensión social, la propiedad ha ido perdiendo aquel destacado reconocimiento, para cederlo —al menos en la teoría— a otros derechos ahora más estrechamente vinculados a esa dignidad humana que aparece como fuente de todos ellos. Pierde, a la vez, la propiedad su marcado carácter individualista, para cobrar nuevo sentido ligada a una indeclinable función social.

Buena prueba de ello serán las consecuencias, nada irrelevantes, derivables de la polémica doctrinal sobre el adecuado *entronque constitucional* de los derechos del autor. Entre nosotros, por ejemplo, de optarse por su vinculación al artículo 20 —que, como es sabido, alude en su epígrafe 1.b)— al reconocimiento y protección del derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”, nos encontraríamos ante un derecho fundamental, con la consiguiente protección reforzada por vía de amparo.

Este entronque queda, a nuestro modo de ver, confirmado por el desarrollo del debate constituyente, no muy expresivo salvo excepciones en lo relativo a los derechos fundamentales, dado el intento de consensuar al máximo dichos capítulos. Se sustituyó la alusión a “los derechos inherentes a la producción literaria...” por el “derecho a la producción...”. Una enmienda de UCD entendía que los derechos del autor (en clave meramente patrimonial) quedaban subsumidos en el artículo 33, mientras que varios diputados de AP los consideraban “materia de ley ordinaria y no constitucional”. En la fase decisiva del debate, el portavoz socialista Peces-Barba —filósofo del derecho a fin de cuentas— aludiría a la existencia de “una tendencia científica a la desconstitucionalización” de la propiedad y “una tendencia paralela y contradictoria a la constitucionalización de esta producción y creación literaria, artística y científica”, siendo a continuación rechazadas todas las citadas enmiendas por unanimidad.⁷

⁷ *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, pp. 123, 163 y 1076a. A la acogida de esta interpretación por la doctrina aludimos

A ello cabe añadir el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos del autor por la jurisprudencia constitucional alemana, así como el tenor literal del artículo 42 de la Constitución portuguesa, que reconoce como libre “la creación intelectual, artística y científica”, “incluyendo la protección legal de los derechos de autor”.

La polémica doctrinal al respecto sigue sin embargo abierta, aunque su proyección parlamentaria quedara implícitamente saldada con ocasión del debate de la Ley de 1987. Bercovitz admitirá como “cierto que los antecedentes parlamentarios del precepto permiten mantener que en su momento el Grupo Socialista quiso ese artículo 20.1.b) para garantizar mejor la protección de los autores”. Considera, sin embargo, que debe excluirse tal entronque, ya que si se hubiere querido incluir en tal artículo la propiedad intelectual, aludida *expressis verbis* en el artículo 141.1.9 del mismo texto, “debería haberse utilizado esa terminología”.⁸

La verdad es que sus argumentos, siempre sugestivos, nos parecen susceptibles de uso inverso. Cabría también pensar que si no se aludió en el artículo 20 a la “propiedad intelectual”, cuando tan fácil habría resultado, era precisamente porque —como el propio debate prueba— se quería insistir en la hondura jurídica y el auténtico centro de gravedad de los derechos de los autores, confiriéndoles rango fundamental y evitando así que los aspectos patrimoniales se convirtieran en criterio prioritario a la hora de interpretar el sentido de sus diversas manifestaciones.

Más vulnerable aún nos parece su intento de reconstruir el reconocido tenor del texto constitucional argumentando, líneas después, que “a la hora de ponderar la verdadera intención del legislador, conviene tener en cuenta que es ese mismo Grupo Socialista, que además cuenta con la mayoría absoluta de la Cámara, el que admite que se tramite el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual como ley ordinaria”. Dejando al margen los problemas que la problemática identificación de la llamada *voluntas le-*

en nuestro trabajo “Derechos del autor y propiedad intelectual” (*op. cit.*, nota 4, p. 52), en el que tuvimos también ocasión de pronunciarnos sobre el contradictorio “Informe de la Secretaría General (del Congreso de los Diputados) relativo al carácter orgánico u ordinario del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual”. Suscribió más tarde nuestros planteamientos, en éste y otros de los aspectos abordados, González López, M., *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 34-38 y 63-64, entre otras.

⁸ R. Bercovitz Rodríguez-Cano en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, que él mismo coordinara, Madrid, Tecnos, 1989, artículo 10., p. 22.

gislatoris lleva siempre consigo, de ahí cabría derivar la imputación al Grupo Socialista de una premeditada intención anticonstitucional, o quizá la invitación a admitir que no sería inconstitucional ninguna ley aprobada gracias a los votos del mismo Grupo al que cupiera atribuir la autoría del pasaje constitucional presuntamente vulnerado; afirmación ésta tan kelseniana⁹ como difícilmente compartible.

A más de algún autor teatral o director cinematográfico no dejaría, por último, de sorprenderle —después de lo que ha caído— que la previsión constitucional según la cual el ejercicio de los derechos recogidos en el artículo 20 “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa” sólo pueda entenderse referida “a los derechos o libertades de expresión, opinión e información y no a otros derechos (como los del autor)”.¹⁰ Pensamos, por el contrario, que el condicionamiento previo de la tarea creativa ha de considerarse claramente excluido, no sólo frente a posibles intromisiones de los poderes públicos, sino incluso respecto a terceros, con figuras tales como la nulidad de todo pacto de renuncia a creación o divulgación de obra futura.

En todo caso, el propio Bercovitz acabará reconociendo que “en principio el derecho de propiedad no es adecuado para dar cabida a facultades o poderes jurídicos de naturaleza moral”,¹¹ lo que invita a reflexionar sobre las consecuencias prácticas que de esta opción dogmático-jurídica pueden acabar derivando. Tras recordar los esfuerzos de la doctrina alemana, desde Gierke y Kohler, para sentar sobre nuevos cimientos los derechos de los autores, se ha recordado que antes de la Ley de 1987 “el ordenamiento jurídico español queda, no obstante, anclado en la tesis del derecho de autor como derecho de propiedad”, lo que “redunda en situaciones de verdadera desprotección del autor”.¹² El intento del nuevo texto legal por remediar esta situación podría verse inevitablemente traicionado, si no se ve acompañado de un cambio efectivo del criterio interpretativo prioritario a la hora de aplicar su contenido.

⁹ De la dimensión “retroactiva” del control de constitucionalidad en la obra de Kelsen nos hemos ocupado en nuestro libro *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, pp. 132 y ss.

¹⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., nota 8, artículo 1o., p. 22.

¹¹ *Ibidem*, p. 26.

¹² Marco Molina, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 370 y 371.

Para Bondía, por el contrario, “no ofrece” duda que la propiedad intelectual resultó incluida en el artículo 20 de la Constitución, al considerar que “del análisis de los trabajos parlamentarios para la elaboración de nuestra Constitución, se desprende de manera inequívoca”. A su juicio, “constituye no sólo una consecuencia de la libertad de expresión, sino, lo que es más importante, una garantía de la misma”; por otra parte, sin salir del mismo artículo, también “la propiedad intelectual constituye la sustancia jurídica de la información”.¹³ Quizá por no tener en cuenta los debates parlamentarios, no aborda, sin embargo, la situación planteada al rechazarse las enmiendas presentadas reclamando carácter orgánico para aquellos artículos que desarrollaran tal precepto constitucional.¹⁴

De entenderse, por el contrario, que los derechos que corresponden al autor no son sino una forma peculiar de propiedad, quedarían enmarcados en el artículo 33 de la Constitución, excluido de la reforzada protección procesal a que ya nos hemos referido.¹⁵ Les sería, por lo demás, aplicable su epígrafe 2, de acuerdo con el cual “la función social de estos derechos limitará su contenido”, extremo éste que consideramos menos relevante, dado que tales límites no serían muy diversos de los que, en todo caso, derivarían de la protección del acceso a los bienes culturales, al que luego aludiremos.

Ya el debate del proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1987 contribuyó a poner sobre el tapete todo este discutido panorama. Se pre-

¹³ Bondía Roman, F., *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Madrid, Trivium, 1988, pp. 94, 98, 104, 105 y 106.

¹⁴ Sí lo recuerda C. Rogel Vide, para reafirmarse en que “ni la propiedad, ni las propiedades especiales —cual la intelectual—, ni el derecho de autor se encuadran, en la Constitución, dentro de los derechos y las libertades públicas” (*Estudios sobre propiedad intelectual, cit.*, nota 5, p. 12).

¹⁵ Tal es la postura de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, que considera obligado “rechazar la autonomía del derecho moral de autor, que podría estar reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución”. Para él, “el derecho de autor o la propiedad intelectual es un derecho unitario y, consecuentemente, su reconocimiento constitucional debe ser unitario y no fragmentado”, y “se produce en el artículo 33 de la Constitución, como propiedad especial que es” (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, cit.*, nota 8, artículo 1o., p. 23). También se muestra especialmente drástico al respecto J. Carrascosa González: “el reconocimiento del derecho de autor o de la propiedad intelectual se produce *in toto* en virtud del artículo 33”; igualmente la considera una “propiedad especial” y no deja de aludir a su conexión con el 149, que a efectos competenciales la empareja con la propiedad industrial (*La propiedad intelectual en el derecho internacional privado español*, Granada, Comares, 1994, pp. 26 y 27).

sentó, en efecto, una enmienda de totalidad, que reclamaba la atribución de carácter orgánico a aquellos artículos del texto legal que hacían referencia al contenido esencial de los derechos del autor, por considerarlos entroncados con el artículo 20 de la Constitución. Se propuso también una modificación del título mismo de la Ley, para que fueran los derechos del autor —y no su restringida presentación como propiedad intelectual— los que sirvieran para identificarla. Ambas iniciativas acabarían siendo rechazadas.

Aquel debate parlamentario coincidió, por otra parte, con la fase final del largo pleito que el escultor Pablo Serrano, afectado por la destrucción de una de sus obras, sostuvo a lo largo de más de veinte años. Por dos veces hubo de pronunciarse el Tribunal Supremo, en sentencias que ya tuvimos ocasión de analizar con detenimiento. Llevado el asunto por sus familiares —por vía de recurso de amparo— hasta el propio Tribunal Constitucional, su evasiva sentencia 35/1987, del 18 de marzo, se publicaría en pleno trámite del proyecto en el Congreso de los Diputados.

II. DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL A LOS DERECHOS DEL AUTOR

Las críticas a la caracterización de los derechos del autor como forma peculiar de “propiedad” reflejan la entraña paradójica que parecen condenados a arrastrar.

La propiedad, como derecho real, se muestra bien pronto como un marco excesivamente estrecho; sobre todo, a la hora de dar cuenta de buena parte de aquellos derechos del autor especialmente vinculados a la dimensión creativa de su trabajo, a los que la Ley reconoce un “carácter irrenunciable e inalienable”.¹⁶ Trasladando el marco genérico de la propiedad, y las habituales consecuencias de su enajenación, se había llegado con facilidad a pensar que al comprar una obra de arte se están comprando todos los derechos sobre ella de los que su primer propietario (el autor) era titular.

Tampoco resultaba demasiado feliz la caracterización de la propiedad intelectual, en incómoda vecindad con la propiedad industrial, como propiedad “especial”. Algunos temían que pudiera derivar de ello una acen-

¹⁶ Exposición de Motivos, párrafo séptimo y artículo 14 de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual.

tuación de la dimensión social y pública de su contenido, hasta aproximarla en exceso a ámbitos jurídico-administrativos, otorgando al ejercicio o explotación de tales derechos cierto aire de “concesión”.

De ahí surgirá la convicción de la necesidad de superar un planteamiento “monista” de dicha propiedad, resaltando la existencia de una doble gama de bienes o intereses dignos de protección jurídica. Los mismos textos internacionales se habían hecho eco de esta tendencia superadora. Si las ya sucesivas revisiones del Convenio de Berna habían apuntado a darle entrada, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 reconoce a toda persona “el 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”.¹⁷

Todo ello invitaba a superar ese tradicional planteamiento “monista” que ha llevado, insensiblemente, a convertir en tópica la expresión “derechos de autor” —con resonancias meramente patrimoniales, que desbordan el juego de palabras— en vez de recurrir a la de “derechos del autor”,¹⁸ menos forzada y expresiva de un horizonte que desborda su dimensión meramente económica. No dejó de proponerse, durante el debate de la Ley, el recurso a esta última expresión; propuesta que se vería reiterada sin éxito en trámites parlamentarios posteriores.¹⁹

Hoy incluso, aparentes incursiones del concepto de propiedad intelectual en el campo de la propiedad industrial, como las que, tras establecer que “los programas de ordenador serán protegidos mediante los derechos de autor como obras literarias” —en vez de vincularlos a los mecanismos

¹⁷ Protección reiterada en 1966 por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 15.1.c) alude al derecho a “beneficiarse de los intereses morales y materiales” que derivan de dicha autoría.

¹⁸ O bien “derechos de los autores”, término felizmente presente en el Convenio de Berna de 1886, para evitar el incómodo dilema entre la “propiedad literaria y artística”, de raigambre francesa, y el “derecho de autor”, consolidado en el ámbito alemán.

¹⁹ El senador socialista Aguilá rechazará la enmienda núm. 54 del Grupo Popular al Proyecto de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE, del 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que insistía en tal sustitución.

de protección de las patentes—²⁰ aluden “dualistamente”, a la hora de prever indemnizaciones, a los “daños materiales y morales causados”.²¹

A medida que iba avanzando esa consideración “dualista” de la propiedad intelectual, crecía también el rechazo de dicho término por quienes consideraban así desnaturalizado el concepto mismo de propiedad. No entendían muy bien que el comprador no pueda abandonar o destruir el objeto adquirido; que se vea obligado a conservarlo con tanto esmero como si lo tuviera en depósito, dando paso a una suerte de “servidumbre de custodia”; que deba asumir obligaciones de no hacer, no pudiendo reproducirlo o exhibirlo cuando y como le parezca; o que deba compartir parte de la plusvalía obtenida al desprenderse de él tras pública subasta.

No más congruente que una “propiedad” así hipotecada les parecía la atribuida a los propios titulares de la llamada propiedad intelectual que verían cómo el ejercicio de sus derechos, sujetos a plazo limitativo, acabaría revertiendo al dominio público por razones de interés social.

El debate parlamentario no dejó de reflejar este incierto vaivén entre monismo y dualismo. El proyecto inicial definía, en su artículo 2o., a la propiedad intelectual —en clave “monista”— como “un derecho integrado por facultades de carácter personal y patrimonial”.²² El texto definitivo del mismo artículo la acaba considerando —en clave “dualista”— “integrada por derechos de carácter personal y patrimonial”.²³ Esto podría dar incluso paso a un re-

²⁰ En el debate del correspondiente Proyecto de Incorporación de la Directiva 91/250/CEE, celebrado en el Congreso de los Diputados por el procedimiento de lectura única, tanto el portavoz popular Fernández de Trocóniz como el de IU-IC López Garrido aludieron a este dilema, estimando positiva la opción por la propiedad intelectual (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 33 del 25 de noviembre de 1993, pp. 1519, 1520 y 1521). El proyecto acabaría siendo aprobado sin recibir voto alguno en contra, con 303 votos a favor y cuatro abstenciones.

²¹ Artículos 1.1 y 9.1 de la Ley de Incorporación de la Directiva 91/250/CEE citada en nota 2.

²² También la sentencia del 21 de junio de 1965 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entendía —en su Resultando quinto, epígrafe tercero— que la propiedad intelectual “se ha perfilado en dos categorías de facultades”.

²³ F. Bondía Roman se muestra muy crítico al respecto. “Hablar de los «derechos» de los autores resulta técnicamente inapropiado”, ya que nos encontraríamos ante un derecho “aunque englobe diferentes poderes jurídicos o facultades”. El artículo 2o. daría paso a “una extraña institución híbrida integrada por dos tipos de derechos” (*Propiedad intelectual, op. cit.*, nota 13, p. 97, 149 y 204). J. L. Lacruz Berdejo se lo toma con más calma, considerando que “ciertamente la letra del artículo 2o. podría encaminarnos a la

planteamiento de su dimensión constitucional, que los hiciera entroncar respectivamente con el artículo 20 y el 33, asumiendo el dilema apuntado. No deja de ser, por último, curioso cómo (dentro de este perplejo baile derecho-derechos-facultades) las dos primeras secciones del capítulo III de la Ley se identifiquen respectivamente en relación a un singular “derecho moral” (*sic*) y a unos plurales “derechos de explotación”; si bien es cierto que en la línea siguiente a la que apela a ese misterioso “derecho moral” se hablará de los “derechos” —morales, por supuesto— que corresponden al autor.

III. UNOS INSÓLITOS “DERECHOS MORALES”

Para el jurista español la alusión a la existencia de unos presuntos derechos “morales” no deja de resultar un tanto paradójica. No en vano ha sido formado en un positivismo jurídico, aparentemente fuera de toda discusión, que convertía en pieza clave de la teoría del derecho su tajante separación de la moral. Como consecuencia, tenderá a considerar como prejurídica, o al menos jurídicamente inmadura,²⁴ cualquier obligación a la que acompañe tan metajurídico calificativo.

No ocurre lo mismo en el ámbito anglosajón, habituado desde Austin a combinar su tradición analítica, de cuño positivista, con un pacífico “iusnaturalismo” fáctico, de especial vigencia en el constitucionalismo norteamericano. En este marco, el calificativo “moral” reforzaría paradójicamente la relevancia jurídica del título exhibido, al indicar que reposa sobre principios “morales” —esto es, vinculados a derechos innegociables— y no sobre meras consideraciones políticas, basadas en coyunturales razones de oportunidad y eficacia, según la distinción popularizada por R. Dworkin.

explicación del doble derecho”, pero se trataría más bien de “facultades”, por lo que se habría salido del “monismo” (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, cit.*, nota 8, artículo 2o., p. 35).

²⁴ De ahí que se propusiera la sustitución de tal término por el de derechos “personales”, frecuentemente utilizado como sinónimo por la doctrina, aunque tal enmienda sería rechazada (Cortes Generales, *Diario de Sesiones*, Congreso, III Legislatura, Comisiones, núm. 128, del 12 de mayo de 1987, p. 4823). El Dictamen emitido en mayo de 1985 por la Comisión de Educación y Universidades, Investigación y Cultura del Senado, tras la comparecencia de diecinueve expertos, se refiere al necesario reconocimiento de “estos derechos personales del autor, que más tarde se han llamado «derechos morales»” (*cf.* *Propiedad intelectual, cit.*, nota 3, p. 406).

El creciente influjo de la teoría analítica anglosajona entre nuestros filósofos del derecho acabó facilitando el aterrizaje de tan exótico término. Aunque se los invocara precisamente para neutralizar apelaciones iusnaturalistas,²⁵ bien pronto los más alérgicos a tales planteamientos pusieron al neologismo bajo sospecha.²⁶ Se ha observado, con razón, que más que encontrarnos ante unos derechos diversos, con la apelación a los “morales”, se estaría apuntando sólo una diversa solución del problema de su fundamento,²⁷ con una inevitable dimensión iusnaturalista.²⁸ En todo caso, la alusión, en este contexto doctrinal, a los “derechos morales”, nos adentraría en problemas tales como la posibilidad de establecer una efectiva frontera entre derecho y moral, o cuál sea el fundamento real de los derechos humanos,²⁹ tan interesantes como alejados del núcleo central de nuestras reflexiones.

La referencia ya realizada a relevantes documentos internacionales nos pone sobre la pista de lo que se pretende con tal denominación. Se trata, más bien, de recordar que además de los intereses patrimoniales que la creación artística lleva consigo, existen otro tipo de intereses de carácter “inmaterial”. Que se les bautice como “morales” puede responder quizá a la arraigada querencia a considerar poco compatibles lo moral y lo

²⁵ El entendimiento de los derechos humanos como “derechos morales” fue propuesto por E. Fernández, para descartar tanto su fundamentación “iusnaturalista” como la “historicista” (“El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, 1, p. 99).

²⁶ Para G. Peces-Barba “utilizar el término derecho para realidades morales, sin inclusión en el derecho positivo, sin constituir normas válidas, es puro iusnaturalismo” (*Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 230).

²⁷ J. Lucas, para el que ofrecen, más que una solución, “un circunloquio, un rodeo que remite, en la mayoría de los casos, bien a una respuesta antropológica iusnaturalista” u a otras de orden axiológico o apoyada en las “necesidades humanas”; por todo ello, no la considera una propuesta “operativa” (“Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos”, en Ballesteros, J. (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 19 y 20).

²⁸ Para A. E. Pérez Luño, “si con la expresión «derechos morales» se quiere justificar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace, en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo” (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 178 y 179).

²⁹ De los que hemos tenido ocasión de ocuparnos en trabajos como *La crisis del positivismo jurídico. I paradossi teorici di una “routine” pratica “Iustitia”*, 1991, 4, pp. 333-375, o los incluidos en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

pecuniario, o a dar por hecho que la inmoralidad —lejos de entrar en escena con carácter gratuito— tiende siempre a extenderse a título oneroso.

Nos encontramos, en todo caso, de lleno en un planteamiento “dualista”, que deja en evidencia las limitaciones de la “propiedad” —por muy intelectual que se la presuma— para dar debida cuenta de la totalidad de los derechos del autor. La apuntada sinonimia con intentos relativos a la fundamentación de los derechos no deja de ser venturosa, ya que nos ayudaría a señalar que los “morales” no son, simplemente, “otros” derechos con los que también contaría el autor, sino que han de gozar de una mayor relevancia, derivada de su hondo fundamento, como habría quedado de relieve a la hora de centrarlos más en el artículo 20 que en el 33 de nuestra Constitución.

Ese más profundo fundamento de los llamados derechos “morales” justificará que no dejen también de irradiar consecuencias de orden patrimonial, que pueden en ocasiones encontrar adecuada instrumentación práctica a través de las formas jurídicas reguladoras de la propiedad. Pero no es lo mismo admitir la utilidad instrumental de estas categorías jurídicas que instrumentalizar determinados derechos reduciéndolos a su simple caricatura.

IV. EL DISEÑO JURÍDICO DE LA CREACIÓN ARTÍSTICA

El adecuado tratamiento de esta variedad de derechos exige replantearse cuál es la efectiva base real que el proceso de creación artística ofrece, a la hora de ser regulado por el derecho. Sólo así podremos evitar la tendencia de la dogmática jurídica —criticada arquetípicamente por Ihering en sus sarcasmos sobre la llamada “jurisprudencia de conceptos”— a fabricarse una realidad a su gusto. Al igual que hay periodistas que se resisten a que un hecho inoportuno pueda poner en peligro una buena noticia, no faltan dogmáticos del derecho que tiendan a creer que, si la realidad no se corresponde con sus construcciones, peor para la realidad.

El esfuerzo por encorsetar los expansivos derechos del autor en el angosto estuche de la propiedad intelectual ha llevado a establecer un artificial diseño de la creación artística. A efectos jurídicos, se la diseña como una actividad en dos tiempos. El primero, en el que se agotaría la subjetiva creación propiamente dicha, quedaría consumado al quedar

acabadamente “exteriorizado” el objeto artístico. En esta primera fase, el sujeto sería titular de una libertad (puede que con rango fundamental incluso) meramente negativa: la de poder rechazar todo obstáculo, sobre todo si deriva de un poder público, a la hora de dar rienda suelta a la propia creatividad.

El segundo tiempo nos ofrecería sólo un objeto, disponible —como cualquier otro— para ser introducido en el tráfico jurídico. Respecto a él la creación artística serviría, si acaso, como título de adquisición originaria.³⁰ Este segundo momento no afectaría a “todos los mortales”³¹ sino sólo a aquéllos venturosamente convertidos en autores.

Es indudable la relevancia jurídica de esta frontera. Sin duda es fácil constatar, a efectos penales, que “la obra de arte lo es por versar sobre una actividad destinada a producir belleza o emoción estética a través de determinados medios, que pueden ser «objetivables», es decir, concretables en «cosas», ya que sólo “lo que con estos objetos suceda podrá eventualmente dar lugar a la comisión de delitos”.³² Habrá que admitir que asunto bien distinto, sin embargo, sería entender —producida la lesión— que lo vulnerado habría sido simplemente una cosa, y limitarse en consecuencia a estimar el valor que el mercado pueda conferirle.

Esto no hace sino acentuar la importancia de la cuestión debatida: cuál debe ser la perspectiva que sirva de centro de gravedad a la interpretación de todo lo relativo a estos derechos. Desde una óptica “monista”, sería el segundo momento (de ámbito más restringido) el decisivo;³³ desde él, y con-

³⁰ No cabría descartar que precisara como añadido una constancia registral de alcance jurídico constitutivo. Esta dimensión fue descartada por la nueva ley, que en su artículo 1o. señala que “la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”. El Registro podría seguir resultando, sin embargo, relevante para poder ejercer peculiares derechos conexos o afines. Valga como ejemplo anecdótico el de los monjes de Silos y la súbita irrupción de sus labores litúrgicas en el tráfico jurídico. Si hemos de creer a los directivos de la Sociedad General de Autores de España (SGAE), no siendo creadores de su repertorio gregoriano, el no haber registrado su adaptación les habría acarreado un millonario lucro cesante.

³¹ Pone en ello énfasis, entre otros, Rogel Vide, C., *Estudios sobre propiedad intelectual*, cit., nota 5, p. 12.

³² Quintero Olivares, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, Civitas, 1988, p. 42; obra de cuya segunda parte es autor J. M. Gómez Benítez.

³³ Arquetípica al respecto la postura de H. Baylos Corroza, que considera que la actitud dualista “no es satisfactoria, llegando a originar la desnaturalización” de tales derecho. No deja de ser significativo que lo afirma en una obra titulada *Tratado de derecho industrial*, en cuyo subtítulo se alude a *Propiedad industrial, propiedad intelectual, dere-*

dicionado por su lógica interna, se tratarían todos los demás supuestos. Si el “monismo” se concreta en su diseño como una propiedad especial, una vez transmitido el objeto por su primer propietario (el autor), resultaría privado de fundamento cualquier nuevo intento de esgrimir derechos, salvo que éstos hubieran sido artificialmente añadidos por vía legal.³⁴

Significativa al respecto fue la fundamentación del pronunciamiento posconstitucional del Tribunal Supremo sobre el litigio de Pablo Serrano. A juicio de la Sala, lo que la Constitución “consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas”; su resultado “hace surgir un derecho especial, el derecho de autor”, así como el posible “nacimiento de otro derecho” sobre esa “exteriorización” de la actividad creativa.³⁵

Podemos encontrarnos, sin embargo, ante una desvirtuación de la realidad, al ignorarse las diferencias, entre hacer, actuar y crear. Todo parece indicar que se está proyectando sobre la realidad —por vía jurídica— un paradigma más propia de un fabricar (*facere*) técnico,³⁶ meramente transformador, que de un actuar (*agere*) cultural. Éste no se limita a manipular mecánicamente las propiedades de la materia, sino que llega a añadirle (*augere*) esa impronta creativa que permitirá atribuir al sujeto la condición de “autor”.

Más que ante una operación mecánica, cómodamente escindible en dos tiempos, nos encontramos ante la doble relevancia jurídica de una

cho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal y que se ocupará de los “derechos intelectuales como derechos subjetivos privados” en la segunda parte, después de haberse ocupado de la competencia desleal o de la publicidad (Madrid, Civitas, 1993).

³⁴ Esta actitud quedó reflejada en el Considerando segundo de la sentencia del 21 de junio de 1965 (*cit.*, nota 22), sobre el ya mentado litigio del escultor Pablo Serrano, al distinguirse entre “la creación de la obra en sí y el ejemplar en que la misma se materializa y cobra corporeidad”. No se considera ni siquiera planteado por la doctrina “si, como derivado de la paternidad intelectual, el autor tiene derecho a impedir que el comprador suprima la obra artística, si éste está en posesión real y plena de la obra adquirida, pues una de las facultades del dominio es la de poder abandonar o inutiliza la cosa”.

³⁵ Considerando 3 de la sentencia de la Sala 1a. del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1985.

³⁶ Resulta, en este aspecto, poco afortunado el forzado emparejamiento que el artículo 20, que establece en su epígrafe 1.b), entre “producción y creación”, equiparando la literaria o artística con la “técnica”. Indirectamente, sin embargo, al reflejarse el ajeo parentesco entre propiedad intelectual e industrial, puede también dar fe de que el constituyente tiene en mente los derechos del autor al redactar este pasaje.

acción que se perpetúa. Es lógico, por ello, que el autor conserve sus derechos “morales”, específicamente derivados de su (¡permanente!) condición de tal, sin perjuicio de que haya dado vida a otra relación jurídica por la que transmite otros derechos de carácter patrimonial sobre el objeto fruto de su tarea creativa.

En consecuencia, tratar a autor y comprador como titulares de unos derechos, presuntamente unitarios, de *propiedad intelectual* puede resultar disparatado. El creador literario podrá ceder o transmitir el porcentaje que le corresponda en la venta de ejemplares de su obra (o sea, los denominados tan consolidada como equívocamente *derechos de autor*), pero conservará los *derechos del autor* sobre ella, a la hora de exigir —por ejemplo— que se publique con su nombre, bajo seudónimo o de forma anónima.

V. UNOS DERECHOS MUY PERSONALES

Admitida la naturaleza no “patrimonial” (por insistir en la terminología de la propia ley) de estos derechos, reconocidos como tales y no ya como meras “facultades”,³⁷ surgió la necesidad de ponerse de acuerdo sobre su carácter y fundamento.

Antes de la refundamentación constitucional de nuestro ordenamiento jurídico, ya había nacido implícitamente la polémica sobre su efectivo fundamento. Al considerárseles “inherentes” a la persona, indisponibles y vinculantes *erga omnes*, se les busca acomodo entre los llamados *derechos de la personalidad*; aunque la mayor parte de los autores tendieran a negarle tal condición, precisamente por mostrarse poco sensibles respecto a su efectivo alcance.³⁸

³⁷ Como se recordaría en el transcurso del debate (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 30, del 12 de febrero de 1987, p. 1706).

³⁸ No ocurre así en el ámbito de las instituciones europeas. El “Programa de trabajo de la Comisión” sobre “Acciones derivadas del Libro Verde” del 17 de enero de 1991 recoge, en su epígrafe 8.3.1, que “los derechos de autor conllevan prerrogativas que no son sólo de orden patrimonial, sino también moral. Las primeras se refieren al derecho del autor de cobrar por la explotación económica de su obra. Las segundas se justifican por el hecho de que la obra es el reflejo de la personalidad del autor. Esta idea fue cristalizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, concretamente en el apartado dos del artículo 27”. El orden en que se enumeran no resultará inocente, como será fácil apreciar al final de este trabajo.

Promulgada ya la Constitución, no faltó tampoco similar planteamiento en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, aunque por vía de voto particular. Mientras que la citada sentencia de 1985 les niega tanto la calidad de derecho fundamental como el carácter de derecho de la personalidad, por faltarle “la nota indispensable de la esencialidad”, el magistrado discrepante reconocerá la vinculación de los derechos “morales” del autor con la creación artística contemplada en el artículo 20 de la Constitución. Los considera, a la vez, como “propiedad o dominio residual” y como “derecho de la personalidad”. Como consecuencia de lo primero, su juego habría de ser compatible con el “pleno respeto al derecho de propiedad derivado de adquisición”; en línea con lo segundo, se los considera derechos de carácter “absoluto, no evaluable en dinero, inalienable, intransmisible e imprescriptible”.³⁹

El reconocimiento de la dimensión “dualista” de los derechos del autor, más frecuente entre los penalistas, facilita el reconocimiento pacífico de su vinculación con la “personalidad”. Para Quintero Olivares, por ejemplo, “la propiedad intelectual tiene como objeto necesario un fruto del ingenio humano al que se considera «creación», y que expresa la personalidad u originalidad de su autor”.⁴⁰

Parece lógico, por el contrario, que los que se mantienen fieles a un planteamiento “monista” insistan, como Bercovitz,⁴¹ en negar a los derechos del autor (sin distingos “morales”) su posible carácter de derechos de la personalidad. Otros podrían incluso sentirse inclinados a configurar a todos ellos —en línea con el popularizado “análisis económico del derecho”— como *property rights*.⁴² No faltan, sin embargo, excepciones.

³⁹ Considerando 3 de la sentencia de la Sala 1a. del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1985 y fundamento de derecho tercero del voto particular del magistrado A. Fernández Rodríguez.

⁴⁰ Quintero Olivares, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, cit., nota 32, p. 42.

⁴¹ Manteniendo, a la vez, el habitual emparejamiento entre la negativa de este carácter y la de su rango fundamental (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., nota 8, artículo 1o., p. 23).

⁴² J. Carracosa González establece una distinción entre “el sistema anglosajón de protección del derecho moral” y el “latino”, atribuyendo al primero una dimensión dualista que niega en el segundo. Llega a afirmar que “no es sólo objeto de eventual tráfico el *corpus mechanicum* donde se plasma la creación intelectual (lienzo, papel, soporte informático), sino también el *corpus mysticum* que constituye la exteriorización del pensamiento creativo del autor, objeto *strictu sensu* de la propiedad intelectual”. Hace propia

A Bondía, por ejemplo, su postura “monista” (ciertamente traducida en un dualismo de facultades) no le impide incluir reiteradamente tal unitario derecho entre los vinculados a la personalidad. En concreto, le parece que “resulta cómodo hablar de un derecho moral del autor para designar un haz de prerrogativas personales” de los autores, “a través de las cuales pueden controlar el respeto de los atributos de su personalidad inherentes a las obras”, que serían “de modo permanente, un elemento de la esfera personalísima del autor”. Considera, igualmente, que “la afirmación o negación de la autoría afecta a la protección de la personalidad misma del autor”; así como el “derecho de arrepentimiento” (facultad habría de llamarle coherentemente...) le permitiría a su vez eliminar puntos de vista que “con el transcurso del tiempo, pueden resultar en absoluta contradicción con la evolución final de su personalidad”.⁴³

Rogel Vide —“monista” también— parece más indeciso. Reconoce en un primer momento que los “derechos morales no son otra cosa que concreciones, especificaciones de tradicionales derechos de la personalidad cual la intimidad, el nombre, el honor o la fama”, por lo que “considerados y tratados a imagen y semejanza de los derechos de la personalidad, tienen la condición de irrenunciables e inalienables”. Dos años después, citando a A. Gullón y L. Díez Picazo, preferirá distinguir entre lo que sería un “derecho personalísimo”, cuyo “ejercicio no puede ser confiado a otro” —lo que lleva consigo “una idea de infungibilidad, de imposibilidad de sustitución”— y un “derecho de la personalidad”; para concluir que “el derecho de autor contiene facultades que son personalísimas, pero no es un derecho de la personalidad”, porque “la obra intelectual, la obra del ingenio no es un bien de la personalidad”, sino “algo creado por la persona, pero perfectamente distinto y separado de ella”.⁴⁴

En cualquier caso, el debate sobre el posible encaje de los derechos del autor entre los de la “personalidad” acaba convirtiéndose en subsidiario

la idea de que “la ley 22/1987 responde a criterios neoliberales, dando cuerpo legal en este ámbito a la tesis del análisis económico de los *property rights*”, aunque ha de reconocer que “a estos caracteres escapa el «derecho moral de autor»”. Detecta en este ámbito una “concepción individualista”, que llevaría a un tratamiento más “civilista” que “mercantil”; pero insiste en rechazar su conexión con los “derechos de la personalidad” y los vecinos preceptos constitucionales (*La propiedad intelectual en el derecho internacional privado español, cit.*, nota 15, pp. 30, 31, 32 y 90).

⁴³ Bondía Roman, F., *Propiedad intelectual, cit.*, nota 13, pp. 154, 200, 206 y 211.

⁴⁴ Rigel Vide, G., *Estudios sobre propiedad intelectual, cit.*, nota 5, pp. 49 y 138.

del ya apuntado sobre su posible engarce con unos u otros de los derechos reconocidos con rango fundamental por la Constitución. De ahí que se vuelva ocasionalmente hacia ellos, para proponer ahora el emparentamiento de los derechos “morales” del autor con el derecho al honor,⁴⁵ sin que por ello llegue a disminuir la polémica.⁴⁶ La misma sentencia, ante la alegada vulneración del derecho al honor, insistirá en la distinción entre derechos “de la personalidad” y los del autor sobre el “resultado” de su obra.⁴⁷

Sin embargo, este posible traslado de entronque constitucional del artículo 20 al 18 no es irrelevante. Se ha recordado que —a efectos penales, en los que el “dualismo” resulta más expresivo— la protección del derecho “moral” de los autores a la integridad de su obra implica que “cualquier modificación sustancial de la obra puede incurrir en delito, aunque no sea perjudicial para los intereses o reputación del autor”; diferente sería el caso si se tratara de intérpretes o ejecutantes, cuya protección se ve restringida por el artículo 107 de la Ley a aquellos casos en que su prestigio o reputación resulte lesionada.⁴⁸

⁴⁵ Ya el Convenio de Berna vincula los derechos “morales” del autor con el honor, “la «reputación», el «renombre» y la «estimación pública» del autor. El propio artículo 14. 4o. de la Ley alude al «perjuicio» a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación”. F. Bondía Roman, aparte de apuntar que “los derechos reconocidos en el artículo 18 pueden actuar como condicionantes y límites al ejercicio de los derechos de los autores”, entiende que “la creación de una obra otorga a su autor una especie de legitimación especial y reforzada para que los actos realizados en relación con ella no menoscaben ni perjudiquen su honor y su reputación” (*Propiedad intelectual, op. cit.*, nota 13, p. 209).

⁴⁶ La sentencia del 9 de diciembre de 1985 (*cit.*, nota 39) recordará que la Ley del 5 de mayo de 1982 de Protección al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, a los que considera “estrictos derechos de la personalidad”, no contempla a los derechos del autor. De ello habría que deducir que “el legislador, con toda justeza y acierto jurídico, no equiparó” a unos y otros. El magistrado discrepante considera, por el contrario, que “cualquier modificación que fuere perjudicial al honor o reputación del autor” afectaría a sus derechos “morales” (Considerando 5, así como Fundamento de derecho tercero del voto particular). Para C. Rogel Vide los llamados derechos o facultades morales del autor, a los que califica de “simples especificaciones, muchas veces, del derecho al honor, a la fama o a la intimidad”, no desnaturalizan la propiedad intelectual en cuanto propiedad especial (*Estudios sobre propiedad intelectual, cit.*, nota 5, p. 14).

⁴⁷ Considerando 5, *in fine*.

⁴⁸ Gómez Benítez, J. M., *Protección penal de los derechos de autor y conexos, cit.*, nota 32, p. 173. J. Caffarena Laporta considera “de alabar que el legislador español se haya apartado en este punto de la ley italiana y del Convenio de Berna, que exigen que la modificación cause un perjuicio al honor o reputación” del autor (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, cit.*, nota 8, artículo 14, p. 280).

VI. LA COMUNICACIÓN COMO CRITERIO INTERPRETATIVO PRIORITARIO

Hay aún un nuevo motivo para considerar inadecuada la aplicación a la creación artística del aludido diseño en dos tiempos. Es preciso resaltar además que en dicho proceso no se da sólo esa relación, fácilmente marginada en los esquemas propietarios, entre el autor y esa obra que merecería toda su complacencia. Junto a ella, se da otra relación cuya toma en consideración nos parece decisiva. Surge porque toda obra de arte encierra un valor de símbolo, que le lleva a abrir una relación comunicativa con terceros, en la que acabará cobrando pleno sentido.

El modelo en dos tiempos es, inconscientemente, deudor de una concepción solipsista de la creación artística. De acuerdo con ella, el escritor, el pintor o el músico —en pleno éxtasis—, escriben, retocan o componen para sí mismos; asunto distinto es que sus inevitables ataduras materiales les obliguen luego a volver a la dura realidad del *primum vivere*, hasta desprenderse —en un nimbo hegeliano— de parte de su propio ser.⁴⁹ No pondré en cuestión la capacidad de exigencia que sin duda deriva de esa versión del “deber cumplido” que se plasma en la satisfacción ante la obra bien hecha. Pero asentar sobre ello una concepción clandestina del arte, como tarea realizada de modo absolutamente ajeno al público, puede llevar a la caricatura.

La creación artística no se desarrolla a caballo de un doble y sucesivo escenario, que la llevaría —en dos tiempos— del estudio o *taller* al *mercado*. En ella juega un papel decisivo una tercera dimensión: el *público*. Éste forma parte y alimenta decisivamente ese proceso de comunicación que toda creación artística lleva consigo. “Nadie es del todo autor de nada; son las distintas personas las que hacen de uno lo que es uno”, afirmaría gráficamente el escritor José Luis Sampedro, al presentar hace cinco años su novela *La vieja sirena*.

No se trata, pues, sólo de pasar de la fabricación a la creación, sino de entender ésta dentro de ese contexto comunicativo, sin el que la mayor parte de los llamados derechos “morales” serían difícilmente inteligibles.

⁴⁹ Para H. Baylos Corroza “la creación es la obra personal de un hombre, con la que ya puede hacerse impersonalmente una obra. El creador realiza una tal enajenación de sí mismo al forjar las significaciones, que lo que era pura norma personal se transforma en un conjunto de prescripciones aplicables ya por cualquiera. No existe otro modo más propio que éste de transformar un sujeto en objeto” (*Tratado de derecho industrial, cit.*, nota 33, p. 63).

Si, por el contrario, los proyectamos sobre ese fondo, resaltarán su auténtico sentido.

Se ha levantado implícitamente acta de ello, al distinguir Caffarena entre la *creación* de la obra, que —fiel a los dos tiempos— consideraría ultimada “cuando se ha exteriorizado de algún modo”, y su *divulgación*. A su juicio, “mientras la primera es sin más una manifestación particular del general derecho a la libertad, la segunda es una expresión del derecho de autor”, llegando incluso a admitir, de manera más bien pusilánime, que “en algunas de sus facetas el derecho de divulgación tenga una directa conexión con el derecho a la libertad protegido constitucionalmente”.⁵⁰ En todo caso, parece reconocerse que la creatividad artística, desvinculada del afán de divulgación, se convertiría en un fenómeno esotérico.

Con la dimensión comunicativa como fondo, cobra relieve la hondura “moral” y no meramente patrimonial de determinados derechos. No en vano el primero que reconocerá al autor el artículo 14 de la Ley —como irrenunciable e inalienable— será, precisamente, el de “decidir si su obra ha de ser *divulgada* y en qué forma”. Lo mismo cabría decir del derecho a “exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra”, que jugará con absoluta independencia de las posibles consecuencias patrimoniales de tal hecho; así ocurre con quien viera publicada (y pagada) una colaboración literaria en la que, sin embargo, se haya omitido su nombre.

Arquetípico como derecho “moral” será también el de “exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier modificación, alteración o atentado contra ella, que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”. Su juego es obviamente independiente de la posible indemnización por daños que de ello pudiera derivarse.⁵¹ Será el afán de que esa comunicación no resulte indebidamente alterada,⁵² más que el prurito individualista de seguir sintiéndose dueño de ella, la fuente de ese derecho a oponerse a una modificación, que pueda desvir-

⁵⁰ Caffarena Laporta, J., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., nota 8, artículo 14, p. 269.

⁵¹ Así queda de relieve en las sentencias relativas al caso Sistiaga, a cuyo primeros compases ya tuvimos ocasión de referirnos, como recuerda J. M. Rodríguez Tapia en *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Madrid, Centro Estudios Ramón Areces, 1992, p. 149. Se acaba reconociendo en ellas el derecho moral del pintor a no ver modificada su obra, pero se rechaza a la vez la procedencia de la indemnización que reclamaba.

⁵² El escultor Eduardo Chillida hará públicas sus quejas por las modificaciones introducidas en el inmediato contexto urbano de una de sus esculturas, situada en una plaza de Vitoria, a la que el ayuntamiento decidió rodear de una perturbadora valla.

tuarla.⁵³ En otras ocasiones el autor podrá, por idéntico motivo, optar por modificar su obra, recreándola.

Comunicación, como raíz básica de los derechos del autor, y divulgación, como vía más adecuada de su desarrollo, se dan también la mano en el derecho a “acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder del otro”. Éste se justifica, de modo explícito, “a fin de ejercer el derecho de divulgación”, en el epígrafe 7o. del mismo artículo 14.

Los artistas plásticos que en diciembre de 1993 presentaron el llamado “Manifiesto de Zaragoza”, de catorce puntos, resaltaban en el séptimo que “la exhibición de una obra de arte es un acto comunicativo del creador. Es un derecho intemporal e independiente de la propiedad. El autor debe tener siempre el derecho a decidir de qué forma se exhiben sus obras”. Defendían también, en el punto noveno, que “el derecho moral de los creadores visuales a recibir información sobre la localización de sus obras debe ser reconocido”.

Idéntico esquema interpretativo podría, a la vez, aplicarse a otros derechos no incluidos en la sección dedicada al enigmático “derecho moral”. Pensamos, por ejemplo, en el llamado “derecho de continuidad” (*droit de suite*, en su popularizada versión francesa) o de participación en el precio de las reventas de obras en pública subasta. Interpretarlo como una mera participación en la plusvalía generada por el juego del mercado, supondría quedarse en la superficie. Si la cotización del autor ha subido, es precisamente en la medida en que su obra va enriqueciendo su sentido en un acumulativo proceso de pública comunicación.

El autor novel, que malvendió su obra cuando era un perfecto desconocido (casi provisionalmente “incomunicado”), ve cómo ésta acaba recibiendo, de modo sobrevenido, la impronta comunicativa a la que siempre aspiró. Las consecuencias económicas serán también obvias. El retrato de Ataulfo Argenta, pintado por Antonio López en 1958, lo vendió en 1971 a un galeista por 70,000 pesetas, siendo subastado en 1989 en 54 millones.

El autor no pretende sólo, de modo narcisista, conocer con pruebas su valía personal, reflejada en la obra; aspira sobre todo a un público reco-

⁵³ Tal sería el caso, al que ya nos referimos en ocasión anterior, del pintor Sistiaga que vio cómo su monumental óleo *Las cuatro estaciones* que decoraba un restaurante, acabaría reducido a exiguo parte meteorológico, al cortar el posterior titular del local una esquina del inmenso lienzo, en la que figuraba su firma, y colgarla como adorno en un rincón del remozado inmueble; *cfr.* “Derechos del autor y propiedad intelectual”, *op. cit.*, nota 4, pp. 82 y ss.

nocimiento, sin el que su tarea perdería sentido. El simbolismo comunicativo de la obra de arte, con ese contorno natural —o ultraterreno— con el que se pretende entablar pacífico o ventajoso diálogo, resulta ya perceptible con particular ingenuidad en las creaciones artísticas más primitivas.

La obra del autor novel se ha visto sobrevalorada culturalmente, al verse integrada por la acogida pública que ella misma o las posteriores van mereciendo; su plusvalía en el mercado no es sino una consecuencia secundaria de ello. A diferencia de otras plusvalías, que surgen al margen de la voluntad del dueño, en ésta el autor y “propietario” original ha jugado un papel decisivo en su generación. Cada vez que un pintor plasma un nuevo cuadro está implícitamente repintando los anteriores, cargándoles de nuevo sentido al integrarlos en un nuevo conjunto que engendra una unidad peculiar.

El derecho de participación tiene, pues, una raíz netamente “moral”, sin perjuicio de que pueda instrumentarse ventajosamente a través de consecuencias patrimoniales, vinculadas lógicamente a la dinámica y exigencias peculiares del mercado. Ello podrá justificar que se le limite a las sucesivas reventas realizadas en pública subasta (especialmente capaces de rentabilizar, por otra parte, el público reconocimiento de la obra) y no a transmisiones privadas; o llevará a medir con cuidado a cuánto debe ascender la cuota participativa,⁵⁴ para que no acabe asfixiando el entramado comercial de la que ella misma se beneficia.

Una vez más, el mercado puede ser vehículo eficaz para el reconocimiento efectivo de los derechos, pero sin que ello lo convierta en su único y más profundo fundamento. A nadie puede extrañar, desde esta perspectiva, que los tribunales alemanes hayan llegado a sugerir que así como antes había que considerar como “arte” todo lo susceptible de encontrar acogida en un museo, ahora habría que entender por tal todo lo que bajo esa rúbrica se compra o se vende.⁵⁵

⁵⁴ No deja de resultar significativo que sea éste uno de los primeros extremos sometidos a revisión en la temprana modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada en junio de 1992, que eleva —en la nueva versión de su artículo 24— del 2% al 3% la participación de los autores en las reventas, a la vez que excluye, por consideraciones similares, a las que no alcancen precio superior a 300,000 pesetas.

⁵⁵ A propósito del problema suscitado ante la comercialización de amplios fragmentos pictóricos plasmados por Thierry Noir en el derruido Muro de Berlín.

Relativamente emparentado con el derecho anterior estaría el reconocimiento al autor de su “derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa por el alquiler”⁵⁶ de los frutos patrimoniales de su obra. Por utilizar la expresión del protagonista de uno de los debates parlamentarios, se trataría con tal protección de evitar que un productor pueda forzar “al actor novel o al actor caduco” a que le transmita sus derechos.⁵⁷

Volviendo a los derechos enumerados como “morales”, reencontráramos con facilidad similar telón de fondo en el llamado “derecho al inédito”, por el que el autor —consciente de la dimensión comunicativa de su obra— pretende evitar o retrasar sus efectos. El juego de este derecho resultará, por otra parte, especialmente polémico al plantearse el posible ejercicio de estos derechos “morales” por personas diversas al mismo autor. El artículo 15 de la Ley de 1987 reconoce —durante sesenta años— dicha posibilidad “a la persona física o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad” o, en su defecto, “a los herederos”; a la vez que les reconoce “sin límite de tiempo” el ejercicio de los derechos de reconocimiento de la condición de autor y de exigir el respeto a la integridad de la obra.⁵⁸

No dejó de atraer la pública atención en 1989 la carta-testamento del escritor austriaco Thomas Bernhard en la que indicaba su prohibición, mientras fueran válidos los derechos al respecto, de cualquier tipo de representación, impresión o publicación de su obra en dicho país, para dejar claro que no tenía “nada que ver con el Estado austriaco”.

Se da, obviamente, en el primer caso una previsible dimensión económica añadida, de la que da buena cuenta la duración asignada, similar a la de los derechos de relevancia patrimonial. Ello contribuye sin duda a alimentar suspicacias sobre la pureza “moral” de su ejercicio, que no suelen suscitarse en el de los otros derechos citados. La modificación de

⁵⁶ Recogido en el artículo 3.1 de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit.*, nota 19).

⁵⁷ Así lo afirma el senador del Grupo Catalán de CIU Vallvé, al debatirse el proyecto de Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit.*, nota 19) (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, V Legislatura Comisión de Educación y Cultura, núm. 162, del 15 de diciembre de 1994, p. 10).

⁵⁸ M. Albaladejo considera que los demás derechos “morales” “mueren con el autor”; aunque plantea la duda sobre “el caso de que el autor conceda específicamente a cierta persona el derecho de acceso” del epígrafe 7o., acaba excluyéndolo “a contrario” ante la falta de explícito reconocimiento legal (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit.*, nota 8, artículos 15 y 16, p. 317).

la Ley afectaría también al aludido derecho de participación, al hacerlo transmisible *mortis causa*, por considerar que si bien “la transmisión *inter vivos* de este derecho podría, en determinados casos, eliminar, de hecho, su carácter irrenunciable y perder su finalidad de incentivo a la creación de obras plásticas”, “una vez fallecido el autor, dicha finalidad carece de sentido, por lo que es justo y lógico admitir su transmisión”.⁵⁹

La comunicación con el público se hace igualmente presente en el “derecho al arrepentimiento”, por el que el autor opta por retirar su obra —o incluso por destruirla— por haberse producido un “cambio de sus convicciones intelectuales o morales”. Deberá, lógicamente, indemnizar a terceros; la Ley contempla también la obligada oferta preferente a éstos de la obra, en “condiciones razonablemente similares”, si desiste de su actitud.⁶⁰

Significativo al respecto fue la condena por un tribunal británico al gerente de un cine por proyectar en 1993 la película *Naranja mecánica*, retirada de la distribución pública por su autor Stanley Kubrick, tras la polémica desatada sobre su posible influencia en la criminalidad juvenil.

La dimensión comunicativa de la interpretación de una obra justifica igualmente que se reserve al autor un “derecho a elegir intérprete”, dado el decisivo papel que éste va a asumir como mediador en su relación con el público; o que pueda excluir de determinados contextos, políticos o religiosos, la ejecución de su obra, en una peculiar variante del ya citado “derecho al inédito”.⁶¹

⁵⁹ Modificación de la Ley 22/1987, Exposición de Motivos, 2.

⁶⁰ Lo recoge el artículo 14. 6o. de la Ley de 1987. La Ley de 1879, en coherencia al “monismo” patrimonialista de la época, sólo lo reconocía en su artículo 44 al autor que no hubiera transmitido la propiedad sobre su obra, aunque más bien parece que sometiera a límite temporal el ejercicio del derecho al inédito. J. Cafferena Laporta considera que el artículo 16 de la Constitución hace impensable que el autor deba probar o alegar el cambio de convicciones, por lo que se inclina a pensar que los cesionarios podrían defenderse para “excluir un ejercicio del derecho de retirada inspirado en motivos económicos” (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, cit.*, nota 8, artículo 14, pp. 292 y 293).

⁶¹ El derecho a elegir intérprete aparece recogido por el artículo 80 de la Ley de 1987, mientras que no se dio en ella entrada a la aludida negativa del autor, pese a la enmienda presentada al respecto (*cf.* Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Comisiones, núm. 128, del 12 de mayo de 1987, pp. 4849 y 4850).

La amplitud del juego comunicativo llevará también a reconocer derechos a quienes, aparentemente, no serían “autores”.⁶² Apariencia que, más de una vez, puede derivar de que no haya llegado a apreciarse adecuadamente en qué medida contribuyen a ese *augere* que acrecienta el contenido artístico de la obra. El primer trámite parlamentario planteado con posterioridad a la Ley de 1987 sería, en efecto, el relativo a la “Convención Internacional sobre Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961”.⁶³ En ella no dejan de reconocérseles, pese a no ser autores, derechos “morales”, como el de impedir “la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieran dado su consentimiento”,⁶⁴ salvo que se trate de una ejecución radiodifundida o “fijada”.⁶⁵

La complejidad creciente que los avances técnicos permiten a la creación artística contribuirá a ampliar el concepto de autor. Así, a la hora de abordar la obra audiovisual, se habrá que considerar como tales a personajes tan dispares como “el director-realizador; los autores del argumentos, la adaptación y los del guión o los diálogos; los autores de las com-

⁶² El “Libro Verde...” europeo (*cit.*, nota 3) afronta la confusa situación —en la nota 1, al epígrafe 1.1.1— señalando que “por «derechos de autor» en este documento debe entenderse la amplia gama de derechos a los que quizá más correctamente se hace referencia como derechos de autor y derechos afines, esto es, además de los derechos de los autores, los derechos análogos concedidos a, entre otros, los ejecutantes, los productores de audiovisuales, así como a las organizaciones de difusión”. La Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo no dejará de observar, el 29 de enero de 1992, que “la Comisión no ha ido hasta el punto de precisar la definición de autor” y considera obligado “recordar que el derecho de autor prima sobre los derechos afines”.

⁶³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, serie C, núm. 106-1, del 26 de diciembre de 1990. El Instrumento de Ratificación fue firmado por su majestad el rey el 2 de agosto de 1991. En dicha Convención, tras aclararse —en su artículo 1o.— que la protección que establece en modo alguno “podrá interpretarse en menoscabo” de “la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas”, señala —en su artículo 3.a)— que se entenderá por «artista intérprete o ejecutante», todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística”.

⁶⁴ Artículo 7, 1.a) de la Convención citada en la nota anterior.

⁶⁵ Sobre “la utilidad de la actual noción de «fijación»”, en relación a las de “reproducción” o “difusión”; *cfr.* Marco Molina, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, *cit.*, nota 12, pp. 237 y ss.

posiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta grabación”.⁶⁶

Cabría incluso plantear en qué medida no pocas veces el papel del propio intérprete puede llegar a superar en protagonismo al del autor al convertirse en auténtico punto de referencia del proceso comunicativo abierto.⁶⁷

El recurso a la comunicación, como criterio decisivo a la hora de interpretar el sentido de los derechos en juego, permite también evitar el fenómeno contrario al hasta ahora apuntado. Al igual que los derechos “morales” pueden acabar marginados, por convertirse en decisiva la dimensión patrimonial de la creación artística, no hay que descartar también que —por vías más o menos retóricas— se pretenda configurar como “moral” cualquier derecho del autor, incluidos los que no son sino legítima satisfacción de los frutos patrimoniales de su obra.

Pese a compartir con el *droit de suite* la enigmática sección dedicada a “otros derechos”, el de participación compensatoria por copia privada tiene entronque diverso. No debe pasar inadvertido que ha sido precisamente el que más reiteradamente ha estado presente en los debates parlamentarios posteriores a la Ley de 1987. Ésta intentó abordar en su artículo 25 el establecimiento de un canon económico para autores, productores, editores, artistas, intérpretes o ejecutantes, que les compensara de las menores ventas de sus obras derivadas de la multiplicación de dichas reproducciones, por vía de fotocopia o de grabación en cintas vírgenes.

En diciembre de 1991 se aborda ya la modificación de la Ley, originada fundamentalmente por este problema y otros de similares características. Tres años después —y con ocasión o excusa de un proyecto con objeto muy diverso—⁶⁸ se reintroducirá la cuestión por vía de enmienda. Quizá —como no dejó de señalarse en el debate—⁶⁹ el grupo mayoritario pretendiera, al

⁶⁶ Artículo 2.2 de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit.*, nota 19).

⁶⁷ No deja de invitar a la reflexión, a cualquier buen conocedor de la realidad comunicativa del cante jondo, la situación creada a la muerte del conocido cantor “Camarón de la Isla”, considerado jurídicamente como mero intérprete de unas letras, patrimonializadas por los titulares de los derechos sobre tales textos.

⁶⁸ La Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit.*, nota 19).

⁶⁹ Ante las repetidas observaciones de la diputada popular García Alcañiz, el portavoz socialista Clotas acaba dándole ante el Pleno del Congreso “parte de razón”, admitiendo que no se había querido “modificar directamente la Ley de Propiedad Intelectual”, pero justificando con la demostrada incapacidad para “atajar la piratería” la necesidad de

aceptar una enmienda ajena, suavizar el coste político derivable del indismulable fracaso que una repetida modificación de la Ley en tan corto espacio de tiempo estaría denunciando.

Nos encontramos, sin embargo, ante un caso bien distinto del llamado *droit de suite*. Desde el punto de vista de la comunicación, si se nos permite la ironía, la multiplicación de copias no hace sino producir su incremento, colaborando a una mayor divulgación de la obra. Tampoco nos encontramos, desde luego, ante una barroca variante del “derecho al inédito”. Se trata de un nada despreciable problema de alcance patrimonial, al producirse un injusto lucro cesante para el titular de los derechos patrimoniales. No en vano se califica, con profusión, a tales prácticas de “piratería”.

Incurrió, por ello, en clara “sobreinterpretación” el adaptador Luis Cobos, cuando en marzo de 1992 comparecen ante la Comisión de Educación y Cultura del Congreso de los Diputados autores, intérpretes y otros representantes de las entidades involucradas en la protección de sus derechos, para informar sobre el proyecto de modificación de la Ley de 1987. Lo hizo en representación de los artistas, intérpretes y ejecutantes, y —puesto a dar énfasis a las reivindicaciones derivadas de la falta de eficacia de la compensación por copia privada— no dudó en recurrir a ciertas dosis de moralina, al afirmar enfáticamente que “hay un derecho moral inalienable”, y se “está sufriendo mucho retraso en la aplicación de ese derecho, porque los que tienen que pagar no quieren pagar”.⁷⁰

Situación parecida producen posibles excesos, o incluso el mero enfoque desde ángulos diversos, a la hora de abordar la reproducción de obras plásticas en catálogos o similares. El organizador de una muestra tiende a considerar que hace con ello un favor a los autores, en la medida en que amplía su capacidad de comunicación con el público. Más de un autor, sin embar-

admitir la enmienda del Grupo Catalán de CIU, para no perder otro año poniendo en marcha un proyecto específico (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 112, del 1o. de diciembre de 1994, p. 5993).

⁷⁰ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Comisiones, núm. 408, del 11 de marzo de 1992, p. 12.009. En dichas comparecencias se estima (por el presidente de la entidad CEDRO) que “el 20% de las fotocopias que se efectúan son material protegido por derecho de autor” y que “en España la práctica de acudir a la fotocopia es mayor que en otros países”, donde habría “más hábito de lectura, más acceso a bibliotecas” (*ibidem*, pp. 12.021 y 12.022).

go, se considera así defraudado por una comercialización, más o menos directa, de su obra a cuyos frutos patrimoniales acabaría siendo ajeno.

VII. EL DISCUTIDO ALCANCE DE LA “COMUNICACIÓN PÚBLICA”

Es preciso distinguir entre este protagonismo de la comunicación como criterio interpretativo primario del sentido y alcance de los derechos de los autores y el juego específico que término muy similar reviste cuando identifica una de las posibles variantes de la difusión, susceptible de generar derechos respecto a terceros.

Tal ocurre en su acepción legal de “comunicación pública”. Por tal, según el artículo 20 de la Ley, se entenderá “todo acto por el que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”; mientras que no se considera tal la que “se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.⁷¹

Nos encontramos así con que “los artistas, intérpretes o ejecutantes, tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la *comunicación* al público de sus actuaciones”. Una primera limitación surge, pretendiendo evitar reduplicaciones en la percepciones económicas, para exceptuar cualquier “actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada”.⁷²

Más compleja resulta la polémica planteada sobre si debería considerarse “comunicación pública” la producida en aquellos establecimientos abiertos al público que brindan receptores de televisión o radio. El problema ha sido objeto de tratamiento reiterado en los debates parlamentarios, dada su peculiar incidencia sobre el gremio de hostelería.⁷³ No faltó

⁷¹ Esta última previsión legal ha dado pie a la polémica reclamación de derechos patrimoniales como consecuencia de la consideración de las antenas colectivas como “red de difusión”.

⁷² Recogidos ambos extremos en el artículo 7.1 de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit.*, nota 19). Ya la modificación de la ley había afectado a su artículo 103 estableciendo una compensación económica por la utilización de fonogramas “en cualquier forma de comunicación pública”.

⁷³ Ello provoca incluso la posterior presentación por el Grupo Popular de una Proposición de Ley sobre “Comunicación en lugares accesibles al público de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual”, que pretendía añadir al artículo 20.2.f) de la Ley de 1987 el siguiente inciso: “No es acto de comunicación pública la simple recepción de

un senador que se preguntara si “los intelectuales tendrán que ir también a cobrar a los taxistas, porque yo cada vez que tomo un taxi oigo la radio, y cuando nos vamos a la peluquería, como estamos oyendo la radio mientras nos cortan el pelo, pues tendrán que ir a las peluquerías también”.⁷⁴ Un diputado se encargará de afirmar, semanas después, de modo rotundo, que “si en un establecimiento público se instalara un aparato de radio o de televisión para entretener a la clientela, estaríamos ejecutando un acto de comunicación pública que entraría en la hipótesis de la citada norma del Convenio de Berna”.⁷⁵

VIII. DERECHOS DEL AUTOR Y DERECHO AL ACCESO A LA CULTURA

El mismo planteamiento de la dimensión social, por comunicativa, que la creación artística lleva consigo, explicaría de modo más convincente también sus límites que el recurso —sin duda forzado— a la “función social” de la propiedad derivable de un entronque unidimensional con el artículo 33 de la Constitución. Puestos a apelar a nuestro texto fundamental, tendría más sentido hacerlo a su artículo 44, que compromete a los poderes públicos en la promoción y tutela del “acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”.

Si la creación artística se nutre, a la vez que lo alimenta, del *humus* cultural en que brota, es lógico que de ello deriven no sólo nuevas facetas protectoras sino también excepciones a su juego. Tal ocurre, por ejemplo, con las “excepciones al derecho exclusivo de préstamo”, que “no precisarán la autorización del titular del derecho” cuando se trate de

emisiones o transmisiones de radio y televisión, a menos que el sujeto receptor, mediante cualquier otro instrumento, las vuelva a emitir o transmitir a una pluralidad de personas”. Sería rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 13 de junio de 1995.

⁷⁴ La argumentación la remató, y nunca mejor dicho, el senador Soravilla, afirmando: “la percepción que yo tengo es que a los bares la gente va normalmente a ver el fútbol, que no genera derechos de autor” (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, V Legislatura, Comisión de Educación y Cultura, núm. 162, del 15 de diciembre de 1994, p. 6). El senador socialista Iglesias señala, en la Réplica, que “la recepción y su uso con fines de explotación comercial y con fines lucrativos, si debe engendrar el nacimiento de derechos y obligaciones”, si “se hace un negocio a propósito de una retransmisión de cualquier tipo” (*ibidem*, p. 13).

⁷⁵ El portavoz del Grupo de IU-IC Alcaraz (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 119 del 27 de diciembre de 1994, p. 6392).

“préstamos realizados por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural o científico sin ánimo de lucro y docentes integradas en el sistema educativo español”.⁷⁶ No dejaron de plantearse reticencias sobre su alcance a lo largo de su tramitación parlamentaria.⁷⁷

IX. LOS DERECHOS DEL AUTOR EN EL ÁMBITO EUROPEO Y SU INCIDENCIA EN LA RECIENTE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

La tarea que las instituciones europeas vienen desarrollando para progresar en una armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los derechos de los autores estarían presididas por dos objetivos principales: avanzar en la defensa de los derechos de los autores y facilitar un espacio de reglas de juego uniforme en el tráfico de los aspectos patrimoniales de su actividad.

No es difícil imaginar que la presión de este segundo aspecto ha acabado por eclipsar al primero.⁷⁸ No ha faltado alguna institución europea que llame la atención al respecto.⁷⁹ Su repercusión sobre la actividad legis-

⁷⁶ Recogidas en el artículo 4.1 de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit.*, nota 19).

⁷⁷ Por ejemplo, en la defensa de la enmienda 71 presentada por el Grupo Catalán de CIU (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, núm. 359, del 17 de noviembre de 1994, p. 11.146), donde se apunta que ello “puede ocasionar descontrol, en perjuicio de los titulares de los derechos”.

⁷⁸ Un síntoma de esta tensión es que, entre las “Conclusiones de los Ministros de Cultura reunidos en Consejo” del 7 de junio de 1991, se recuerde que “la libre circulación de mercancías no debe perjudicar en ningún momento el respeto de los derechos morales y de los derechos a la explotación económica” vinculados a las obras. En el mencionado “Libro Verde...” (*cit.*, nota 3) 1.6.2, no se disimula la situación al fijar las “prioridades comunitarias”: piratería, reproducción privada, derechos de alquiler de fonogramas, protección de programas informáticos... Por otra parte, en el “Programa de trabajo de la Comisión” (*cit.*, nota 38) se señala cómo “los tribunales de algunos países” se han ocupado del derecho moral del autor “a oponerse a toda deformación o modificación de la obra que pudiera perjudicar su honor o reputación, a propósito de ciertas manipulaciones de obras cinematográficas (“colonización” de películas en blanco y negro, interrupciones publicitarias en películas televisadas, etcétera)”, para apuntar con cierta alarma que “las diferencias existentes en las legislaciones nacionales sobre el derecho moral pueden dar lugar a restricciones en la explotación de obras anteriormente divulgadas”.

⁷⁹ Precisamente el Comité Económico y Social, que en su Dictamen del 25 de enero de 1989 sobre el “Libro Verde...” (*cit.*, nota 3) 3.1.2.4, señala que “hay otros asuntos que el “Libro Verde” no cubre, o bien no cubre plenamente y a los que la Comisión podría

lativa española ha sido evidente al plantearse la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de cuatro directivas europeas,⁸⁰ que conceden especial atención a dichos aspectos.

Si ya en ocasión anterior señalamos que la falta de solución definitiva, tanto por vía legal como en las sentencias del Tribunal Supremo o incluso ocasionalmente del propio Tribunal Constitucional, obligaba a los jueces, en fiel cumplimiento de su misión de defensa y protección de los derechos en juego, a asumir una decisiva tarea de interpretación integradora,⁸¹ esta situación no hace sino actualizar dicha necesidad, convirtiendo su dimensión comunicativa y sus derivaciones “morales” en criterio de interpretación prioritario.

prestar de forma inmediata una mayor atención”, para indicar, como el primero de los seis que relaciona: “los derechos morales, especialmente en lo que se refiere a la «integridad»”, aludiendo en cuarto lugar a “la protección insuficiente y desigual de los derechos de los intérpretes” (*Propiedad intelectual, cit.*, nota 3, pp. 383 y 385).

⁸⁰ Nos referimos a la 91/250/CEE, del 14 de mayo de 1991 (*cit.*, nota 2), cuyo trámite parlamentario tiene lugar en noviembre de 1993; a la 92/100/CEE, del 19 de noviembre de 1992 (*cit.*, nota 19), aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 27 de diciembre de 1994; a la 93/83/CEE del Consejo, del 27 de septiembre de 1993, sobre “coordinación de determinadas disposiciones relativas a derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable”, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 1995; y a la 93/98/CEE del Consejo, del 29 de octubre de 1993, “relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines”, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 1995, extendiendo —en el artículo 2.1 de la ley correspondiente— a setenta años la duración de los derechos de autor, tras excluir de su ámbito —artículo 1o., párrafo segundo— a los derechos morales.

⁸¹ En “Derechos del autor y propiedad intelectual”, *op. cit.*, nota 4, p. 61.