
José María Desantes Guanter
(Universidad Complutense de Madrid)

El derecho de autor en la Constitución española de 1978

*I. Carácter remisorio del artículo 20. II. El reconocimiento de un derecho.
III. La protección de un derecho. IV. La integración de los significados.
V. Unos breves antecedentes. VI. El concepto legal latente. VII. Una terminología defectuosa. VIII. La facultad de difusión. IX. La facultad de arrepentimiento.
X. Una singular facultad de acceso. XI. La integridad de la creación difundida.
XII. El derecho al nombre. XIII. La facultad de explotación.
XIV. La facultad de recepción. XV. Conclusiones.*

Conforme al artículo 20 de la Constitución "Se reconocen y protegen", entre otros derechos, el que figura en el apartado b) del párrafo 1: "A la producción y creación literaria artística, científica y técnica". El texto constitucional, escueto y tajante, contiene potencialmente ideas y principios normativos que es conveniente desarrollar.

I. EL CARÁCTER REMISORIO DEL ARTÍCULO 20

En primer lugar, más que una regulación del derecho –que llamaremos derecho de autor porque la denominación es más precisa, correcta y moderna que la de propiedad intelectual¹–, lo que de verdad parece existir en el párrafo citado es una remisión tácita a otra regulación vigente a nivel constitucional por ser la Constitución la que declara que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, conforme al mandato del artículo 96.1: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno". Forma parte, por tanto, de nuestro ordenamiento el párrafo 2 del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, conforme al cual "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor".

¹ Algún autor sigue defendiendo la terminología antigua e inadecuada, puesto que entre propiedad y derecho de autor hay suficientes antinomias como para no llamarlos del mismo modo. Así, desde una perspectiva penal, CARMONA SALGADO, C., *La nueva Ley de propiedad intelectual*, Madrid, 1988, p. 71-77. En contra de la denominación de propiedad, LOEFFLER, M. y RICKER, R., *Handbuch des Presserechts*, Munich, 1978, p. 313.

"Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol" n^o 3. Valencia, 1993.

Pero no solamente rige esta norma como derecho interno, sino que, conforme al párrafo 2 del artículo 10 de la propia Constitución, "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". El artículo 27 de la Declaración, no solo en su párrafo 2, sino en su totalidad, como veremos, es elemento interpretativo fundamental del artículo 20.1.b) de la Constitución, lo que permite completar el perfil del derecho de autor. No hay que olvidar, por otra parte, todas las normas convencionales internacionales, que tienden a crear una nacionalidad universal de los autores², ni, de modo más inmediato, las de la Comunidad Europea, que tiene vocación de convertirse en un comunidad autoral³.

II. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO

El artículo 20, en su párrafo 1, no concede, ni otorga, no establece positivamente un derecho, sino que lo "reconoce". Es decir, toma en cuenta un derecho preexistente a la Constitución, como también reconoció su preexistencia la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas de 1948. El derecho a que me refiero no aparece en nuestro ordenamiento creado por una ley positiva, ni siquiera por la Ley constitucional, sino que se trata de un derecho que, conforme a su naturaleza jurídica sustantiva, correspondía ya al hombre con anterioridad a la ley. Sin perjuicio de que, por su situación en el contexto constitucional, le llamemos derecho fundamental o, conforme a la Declaración de 1948, derecho humano, es uno de aquellos derechos que, sin prejuicios de escuela, hay que llamar derecho innato, *ius nativum* o derechos "inherentes" (artículo 10.1. de la Constitución), lo que ya habían puesto de relieve, desde antiguo, autores no contaminados de positivismo⁴. Si bien se ha opuesto naturaleza e historia, considerando esta última como el resultado de la operatividad humana, también el hombre es naturaleza y, precisamente, naturaleza creada para crear. No se opone a la distinción anterior el que consideremos natural lo que crea el propio hombre al ejercitar sus potencias innatas más elevadas. Y el derecho sobre la propia creación sigue la naturalidad de su objeto. La sedimentación de esta evidencia explica el que, a diferencia del régimen establecido por la venerable Ley de 10 de enero de 1879, que exigía el registro de la obra intelectual como requisito para su protección, la nueva Ley 22/1987 de 11 de noviembre, que sigue obstinada en llamarse de Propiedad Intelectual, reconozca, en su artículo 1, que el derecho "corresponde al autor por el sólo hecho de su creación".

Las consecuencias de esta consideración realista del derecho de autor son varias:

A) Que la Constitución debía reconocer, como lo ha hecho, el derecho de autor con la consideración, por tanto, de derecho anterior y superior a ella.

B) Que, aunque no lo hubiese reconocido, el derecho e autor existiría formando parte del ordenamiento jurídico vigente a nivel constitucional, no solamente a nivel del

² Véase, por todos, MISERACHS-RIGALT, A., *Reciprocidad española en el derecho internacional de autor*, Madrid, 1975.

³ Véase, COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique*, 3ª edición, París, 1986, p. 475-514.

⁴ Así FLEURY, M. *Les droits et les obligations des éditeurs*, París, 1938.

Código civil y de una Ley especial como la vigente ya calentada, dado que la enumeración de los derechos fundamentales en la Constitución no es, ni puede ser, exhaustiva. Esto aparte, como ha quedado claro, de su reconocimiento en la Declaración Universal de la O.N.U.

C) Que, el derecho de autor, reconocido o no expresamente, no puede ser desvirtuado por la ley positiva, conforme al artículo 53.1 de la Constitución.

D) Como consideración de carácter formal, pero significativo, que la Ley 22/1987 debería haberse tramitado, aprobado y promulgado como Ley Orgánica y no como Ley ordinaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución.

III. LA PROTECCIÓN DE UN DERECHO

La radicalidad natural del derecho de autor hace que, una vez reconocido, la ley positiva lo proteja. Y así hemos visto que lo ordena el artículo 20, consecuente con otros artículos de la Constitución, cuales el 9.2, que ordena a los poderes públicos remover los obstáculos que dificulten el ejercicio plenos de los derechos. Pero el precepto tiene otra vertiente: facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural, lo que se refuerza con otros preceptos constitucionales que tendremos ocasión de mencionar y que están en línea con el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración de 1948: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten".

La Constitución, en efecto, contiene el mandato implícito de que la ley positiva proteja el derecho de autor, que el artículo 149.1.9 reserva como materia de la competencia exclusiva del Estado. La vigente Ley estatal que, en todo caso ha debido "respetar su contenido esencial" (artículo 53.1 de la Constitución), ha sustituido a la centenaria Ley de 1879 que protegió el derecho de autor, incluso antes de que Constitución alguna española lo reconociese. A través de la nueva Ley, que no cita para nada el reconocimiento constitucional, ni el de la Declaración Universal; pero que, con un cierto realismo, ha respetado tal contenido esencial, determinaremos qué clase de derecho natural es el derecho de autor, evitando un relativismo histórico que la Ley parece sostener cuando dice que regula derechos "reconocidos y protegidos de acuerdo con las exigencias de nuestra época". Una cosa es que el derecho, en su real naturaleza, sea capaz de adaptarse a las modalidades autorales que va creando el progreso técnico, lo que indica la fuerza ínsita en su natural esencia; y otra el que se piense que cada época requiere una fundamentación real distinta de un derecho que tiene como raíz la potencia intelectual creadora del hombre, que no varía a lo largo del proceso histórico.

IV. LA INTEGRACIÓN DE LOS SIGNIFICADOS

Dados los términos constitucionales, cabe preguntarse qué es lo que efectivamente reconoce y protege el artículo 20.1.b). En una primera lectura da la impresión de que reconoce y protege el derecho que tiene todo hombre a producir y crear. Pero tal reconocimiento y protección resultarían, aislados, un tanto gratuitos, dado que, incluso el hombre más aherrojado, es capaz de pensar, producir y crear, esté o no reconocida por la ley esta proyección espontánea de su personalidad a través de su intelecto.

En esta línea, sin embargo, está la disposición del artículo 43, de la nueva Ley que ordena que "Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a crear alguna obra en el futuro". Aparte de reprochar a la Ley el que esta disposición se encuentre en el Título V, que tiene por rúbrica *Transmisión de los derechos* y no entre las facultades morales de las que es titular el autor, hay que aceptar que la disposición abre nuevas perspectivas.

Así, una segunda lectura nos hace pensar que lo que la Constitución reconoce y protege no es el derecho a crear, que se presupone, sino el derecho sobre los resultados del pensamiento o, dicho de otro modo, sobre las mentefacturas de la producción y creación. Según este significado conviene repetir que el artículo 1^a de la Ley no ampara directamente la creación como acto, sino el derecho que corresponde al autor sobre un objeto "por el solo hecho de su creación". En efecto, lo que la Ley reconoce y protege es el derecho al resultado de la creación intelectual estereotipado o incorporado a un soporte, como puede verse en el texto de su artículo 10: "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...". Incluso cuando ese soporte sea una persona física, como en el caso del derecho de representación que, por primera vez, regula la Ley en sus artículos 101 a 107.

Lo que hay que cuestionarse, por tanto, es el significado que puede tener el derecho sobre el resultado de la producción intelectual. Si comparamos las definiciones que del derecho de propiedad, en general y de la mal llamada propiedad intelectual nos dan los artículos 348 y 428, respectivamente, del Código civil, vemos que tienen de coincidente la facultad de disposición. Esta facultad, común a todos los derechos disponibles, tiene un significado muy distinto cuando se trata de una o de otra institución. Pero la otra facultad que el Código señala a cada derecho es esencialmente diferente. En el caso de la propiedad, se trata de "gozar"; en el del derecho de autor, de "explotar". Al sentido común de los redactores del Código civil de 1899, a pesar de encuadrar el derecho de autor como "propiedad especial", no escapó el que es propio del derecho de autor obtener algo más que un simple goce por el creador intelectual que, en último extremos, no constituirá más que un ridículo narcisismo. En cambio, el autor obtiene una gratificante satisfacción por el hecho de difundir su creación intelectual. Si la difusión, como es regla general, produce beneficios, da como resultado lo que el Código ha llamado, de una manera que hoy nos aparece simplista, explotación. La difusión, por otra parte, satisface el derecho del sujeto universal a recibir esta creación del pensamiento humano, conforme hemos visto en el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración de creación. Quede aquí esta idea que más adelante será objeto de un mayor desarrollo.

Si conviene fijarse, a nuestros efectos, en que el artículo 27 de la Declaración constituye, en sus dos párrafos, un texto de doble batiente: el derecho a recibir y el derecho a difundir la creación del autor. Si tenemos en cuenta no sólo la realidad de las cosas, sino también el mandato interpretativo del artículo 10.2 de la Constitución, es lícito pensar que el artículo 20.1, b) se refiere también al derecho a recibir el resultado de la creación intelectual. Es decir, que en su escueto texto, no tiene en cuenta tan sólo el derecho del creador, sino también el del acreedor a la creación, que es toda persona. Lo que está muy de acuerdo con otras normas constitucionales, como el citado artículo 9.2. que no solo ha de referirse a una participación activa, sino también pasiva o receptiva en la vida cultural; el artículo 44.1 que, como uno de los principios rectores de la vida social, impone a los poderes públicos el deber de promover y tutelar el acceso a la

cultura, a la que todos tienen derecho; poniendo especial empeño en el caso de los jóvenes (artículo 48) y de los ancianos (artículo 50). El párrafo 2º del artículo 149 insiste en que "sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas". Y el artículo 3.3 añade que "La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección". Con lo que se protege también la producción y recepción de la creación intelectual en todas las lenguas españolas. Toda cultura supone, en efecto, una creación intelectual, tenga o no en cada momento un titular conocido. Lo mismo ocurre con todo mensaje informativo, sea o no de naturaleza cultural o, en la terminología al uso, sea o no contingente ⁵.

Ninguno de estos cuatro significados puede sustraerse a la breve, pero turgente, enunciación del artículo 20.1.b) de nuestra Constitución. Primero, porque donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir. Segundo porque hemos visto que normas de distinta calidad, pero vigentes conforme a su razón de ser, amparan todos los aspectos del derecho de autor. Tercero, porque hay que recordar que la Constitución reconoce un derecho anterior y, por tanto, superior a ella, cuya esencia no puede alterar, ni limitar su contenido esencial. Cuarto, porque, conforme a esa naturaleza, se ha estructurado el régimen actual del derecho de autor en España. Todas cuatro significaciones están implícitas en la naturaleza del que venimos llamando derecho de autor y laten en el texto constitucional.

V. UNOS BREVES ANTECEDENTES

La Constitución no va más allá de reconocer y proteger un derecho anterior y superior a ella misma. La concreta configuración positiva de tal derecho viene a hacerla la Ley 22/1987 de 11 de noviembre que, aun sin proponérselo y con notables inexactitudes técnicas y terminológicas, en líneas generales sigue criterios realistas; es decir, de justicia.

El derecho de los autores sobre las creaciones de su intelecto, parece algo indeliberado, que no admite discusión ⁶. Y, en efecto, como espontáneo aparece en el mundo clásico, sin que se cuestione su naturaleza y su régimen jurídicos. Tanto más cuanto que los autores consideraban vejatorio lucrarse por su creación. La evolución del derecho, sin embargo, a partir de la invención de la imprenta y, sobre todo, con la aparición histórica de las facultades económicas del autor, ya en el siglo XVII, comienza a preocupar a la doctrina, muy sensible siempre a los intereses materiales. Cuando, en los comienzos de la Revolución francesa, se formula la Ley gala de 19 de enero de 1791, primera disposición positiva que conozco referente el derecho de autor, Chapelier dirá en su informe a la Asamblea Constituyente: "La más sagrada, la más legítima, la más

⁵ La patencia de este derecho, o facultad de recepción del público, ha dado lugar a una de las numerosas teorías que han intentado explicar el derecho de autor, como se desprende del título de un trabajo que la patrocina: ROUBIER, M., *Droits intellectuels et droits de clientèle*, en "Revue Trimestrielle de Droit civil", 1935, p. 285-306.

⁶ La historia de la evolución social, doctrinal y legal del derecho de autor puede verse en mi libro *La información como derecho*, Madrid, 1974, p. 94-100.

inatacable y, si puedo hablar así, la más personal de todas las propiedades, es la obra fruto del pensamiento del escritor"⁷. Tanto en la Ley de 1791 cuanto en la de 19 de julio de 1793, que la sustituyó, el esplendor revolucionario-burgués de la propiedad había considerado implícitamente el derecho de autor como una propiedad cualificada. Con estos antecedentes, ratificados en la también francesa Ley de 14 de julio de 1866 y por la influencia inmediata de Pouillet ⁸, el más importante tratadista francés del tema en la época, en nuestro Código civil de 1899 aparece como una propiedad especial, junto con la propiedad industrial, la de las aguas y la de las minas ⁹.

La promulgación del Código, que remitía, en su artículo 429, a una Ley especial la regulación de esta especial propiedad, no hizo necesaria la modificación de la Ley de 10 de enero de 1879, vigente a la sazón, de sentido también propietario. Pero el tema no quedó resuelto, como hoy vemos con claridad. Desde la codificación francesa, los juristas han seguido discutiendo la naturaleza jurídica del derecho de autor. La discusión se ha visto oscurecida por su errónea nominación y por el mal encuadramiento legal del derecho; y en el curso del debate se han multiplicado las teorías acerca de su carácter ¹⁰.

No se trata, en las páginas que siguen, de sentar una teoría más que, por otra parte, ya está razonada ¹¹, sino de ver, a través de la noción que supone el ordenamiento del derecho de autor que lleva a cabo la nueva Ley, cual es el verdadero carácter de este derecho, a pesar de que se haya dejado llevar por la inercia de bautizarle como propiedad intelectual, denominación superada en gran parte de la legislación comparada. Tal planteamiento no adopta una perspectiva positivista, sino que presupone la naturaleza jurídica que, con todo realismo, puede atribuirse a este derecho singular. En otras palabras, se trata, desde la perspectiva de la naturaleza del derecho, de averiguar si la Ley de 1987 es congruente con ella y, como consecuencia, con los significados que hemos visto que encierra el artículo 20.1 b) de la Constitución, ya desarrollado.

VI. EL CONCEPTO LEGAL LATENTE

La Exposición de Motivos de la Ley 22/87 señala, como una de sus innovaciones es, "la expresa regulación del derecho moral que, integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, tiene carácter irrenunciable e inalienable y constituye la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra". Efectivamente, a diferencia de la Ley de 1879 que, aunque no podía obviar los derechos morales, no los reguló de una manera expresa y separada de los económicos, la Ley 22/1987 diferencia el *Contenido* del derecho de autor, que es la rúbrica de su Capítulo III, en sus tres Secciones: el Derecho moral, los Derechos de explotación y Otros derechos. Esta última rúbrica acoge, en sus artículos 24 y 25, diversos aspectos también económicos del derecho del autor. La clasificación legal esquematizada merece un breve comentario.

⁷ Citado por LASSO DE LA VEGA, J. en *El contrato de edición*, Madrid, 1949, p. 18.

⁸ POUILLET, E. *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3ª edición, París, 1908.

⁹ Ocupan el Título IV del Libro II del Código que, bajo la rúbrica *De algunas propiedades especiales*, agrupa en sus tres Capítulos, las regulaciones que se citan en el texto.

¹⁰ Por todos, ULMER, E. *Urheber und Verlagsrecht*, 2ª edición, Berlín, 1960, p. 8-39.

¹¹ Ver mi libro, citado, p. 102-109.

En primer lugar, la división en dos "derechos" distintos del contenido del derecho de autor, la misma confesión personalista del primero llevada a cabo en la motivación de la Ley, según hemos visto, y la orientación propietarista de los llamados derechos de explotación, incluidos los de los artículos 24 y 25, hacen pensar en que el legislador de 1987 participa de la teoría híbrida del derecho de autor, en boga también en Francia en los tiempos recientes ¹². Según esta teoría, ante la imposibilidad de explicar las peculiaridades del derecho de autor por su asimilación tradicional a la propiedad, ni siquiera como propiedad especial, el derecho de autor se constituye por la yuxtaposición de dos derechos: un derecho moral que se atribuye como derecho de la personalidad, dado que la producción intelectual es emanación de la personalidad humana y, como tal, es irrenunciable, imprescriptible e inalienable; y un derecho patrimonial, que no es otra cosa que un derecho de propiedad, con todas sus consecuencias. El derecho patrimonial lo traduce la Ley vigente en derecho de explotación, más que por conformidad con el texto del artículo 428 del Código civil, por imitación del Título II de la Ley francesa de 11 de marzo de 1957 de la que la nuestra es tributaria en muchos aspectos.

VII. UNA TERMINOLOGÍA DEFECTUOSA

Hay que decir que la teoría dualista, junto con la negativista ¹³ del derecho de autor, son las que menos se sostienen. La segunda porque niega la evidencia real y legal. La primera porque, además, incurre en el error técnico de escindir gratuitamente en dos un derecho que no sólo se explica más que suficientemente como único, sino que, histórica e institucionalmente, tan sólo como único puede explicarse.

Si bien es cierto que todo derecho subjetivo –incluido el de propiedad– puede dividirse en derechos menores, y así ocurre en la terminología de algunos autores y en la de las leyes, comenzando por el mismo Código Civil, es técnicamente más correcto analizar cada derecho en sus diferentes facultades ¹⁴. Esta más correcta terminología facilita la comprensión del carácter unitario del derecho de autor. Las llamadas facultades morales, en este caso, son las esenciales al derecho y por eso son irrenunciables; las llamadas facultades patrimoniales o, más exactamente económicas, son facultades accidentales, aparecidas por factores circunstanciales en un momento de la historia; que han iniciado actualmente un leve deslizamiento hacia su desaparición ¹⁵; y de las que puede prescindirse sin que el derecho de autor sufra menoscabo sustantivamente, por eso

¹² Por todos, DESBOIS, H. *Le droit d'auteur en France*, 2ª edición, París, 1966, p. 238-244; COLOMBET, c. o.c., p. 21-22 y a lo largo de todo el libro.

¹³ Como ejemplo, SFETEA, J., *De la nature personnelle du droit d'auteur*, París, 1923.

¹⁴ CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho Civil de España*, Tomo I, 3ª edición, Madrid, 1955, p. 671-673.

¹⁵ Piénsese en que las editoriales de libros, por ejemplo, no solamente han suprimido los derechos crematísticos de los autores, sino que, en ocasiones cada vez más frecuentes, exigen la colaboración económica del autor en los gastos de edición. O, como otro ejemplo, en la imposibilidad de controlar las reproducciones de textos e imágenes por cualquiera de los procedimientos técnicos al uso. Con carácter convencional, las conclusiones de la Conferencia de Estocolmo y los acuerdos a que dieron lugar, que pueden verse en WISTRAND, H., *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses oeuvres*, París, 1968, p. 328-384.

son renunciables. Las facultades económicas no son más que secuela prescindible de las facultades morales.

La nueva Ley, además de regular los que inexactamente llama "derechos de explotación" en los artículos 17 a 25, les dedica todo el Título V, bajo la rúbrica de *Transmisión de los derechos*, en las que a unos disposiciones generales sigue la regulación específica del contrato de edición y del contrato de representación teatral y ejecución musical. Pero se refiere a las facultades económicas o a sus consecuencias a lo largo de casi todo su articulado. Ahora bien, aún cuando el legislador no lo haya tenido en cuenta, late en todas las referencias a la transmisión de facultades, como modo de explotación de la obra intelectual, el que esta transmisión no es más que la disposición de la facultad fundamental del derecho unitario del autor. Así puede verse ya en el primero de los artículos que tratan del tema, el 17, que atribuye al autor "el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación". Los términos "reproducción", "distribución" y "comunicación pública" que, con otros varios, la ley emplea sin ninguna precisión técnica jurídica, se incluyen en el preciso concepto genérico de "difusión", cuyo significado científico el legislador desconoce, así como sus tres manifestaciones –edición, emisión y exhibición– que la Ley emplea, aunque desconociendo que constituyen las tres modalidades de difusión en las que pueden integrarse, como subdivisiones, todas las demás ¹⁶. La facultad de explotación no es más que una consecuencia de la difusión. Es lógico que, si la difusión de la producción intelectual produce beneficios, se haga esta difusión por el autor o por un tercero, de ellos participe el autor. Esta consecuencia accidental es, sin embargo, la que ha tenido en cuenta el legislador del Código Civil y el de la nueva Ley por sus características de facultad externa y, por tanto, más fácilmente advertible; y por que es la que, en las relaciones jurídicas de tráfico del derecho de autor, afecta más a los intereses de las partes y, por tanto, suscita más cuestiones y conflictos, incluso contenciosos. Estas afirmaciones pueden probarse con las normas mismas de la Ley.

VIII. LA FACULTAD DE DIFUSIÓN

La nueva Ley, sin escrúpulos para multiplicar derechos, a pesar de la rúbrica en singular de la Sección 1ª, "Derecho moral", comienza el artículo inicial de la Sección, el 14, sentando que "Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables". Aparte de que hubiese sido más apropiado, como ya ha quedado dicho, hablar de facultades, veamos a qué se reducen éstas.

El apartado 1º señala, como primera de ellas, "decidir si su obra ha de ser divulgada y en que forma". El empleo del verbo "divulgar" confirma lo dicho en líneas anteriores acerca de la confusión terminológica que produce el no tener una idea clara del

¹⁶ Los conceptos pueden verse en mi libro *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Madrid, 1987, p. 371-381. Una fecunda aplicación de estos conceptos puede verse a lo largo del libro de COUSIDO GONZALEZ, M.P., *La trascendencia jurídica del tiempo en la información*, Madrid, 1989.

concepto científico de difusión ¹⁷. El principal comentario que suscita este primer apartado es que la facultad moral que en él se enuncia es la facultad de difundir, tanto en su forma positiva cuanto en la negativa de no difundir. La facultad de difundir la propia producción intelectual es obvia e incontestada, sea cualquiera el concepto de derecho de autor que se sostenga. La de no difundir podría oponerse al derecho del público establecido en el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración de la O.N.U., ya transcrito. Veremos que no es así: el principio de congruencia del ordenamiento ha encontrado soluciones lógicas al aparente problema, que son conformes con el derecho de autor.

IX. LA FACULTAD DE ARREPENTIMIENTO

La facultad de no difusión que el autor tiene, no se refiere tan sólo al momento en que la obra este inédita, de aquí su inapropiado nombre de facultad de inédito, sino también a cualquier momento en que la creación intelectual este difundiéndose. Esta que, con la doctrina francesa, se ha llamado facultad "de arrepentimiento", se establece en el apartado 6º del artículo 14, que estamos comentando, y que reconoce al autor la facultad de "retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales". La facultad reconocida en este apartado no es más que la facultad de difusión en su aspecto negativo y en el supuesto de que la producción intelectual ya esté difundida. No es una nueva facultad, sino la misma de difusión en una de sus posibles modalidades, que la Ley minimiza pues puede referirse también a supuestos que, en una interpretación acorde con la misma facultad, en su sentido negativo, hay que interpretar incluida en la estrecha enumeración legal.

Por una parte, la Ley habla de retirar del comercio, como supuesto más corriente, de que la difusión se haga por las formas normales –comerciales– de la difusión; pero hay que extender el derecho a los supuestos de difusión no comercial, como la distribución gratuita, la emisión o la mayor parte de las modalidades de exhibición. Por otra, la posibilidad de arrepentirse no puede reducirse estrictamente a los supuestos subjetivos de cambio de convicciones intelectuales y morales, sino que es necesario incluir en ella motivaciones objetivas, como puede ser un cambio de legislación; el descubrimiento de documentos que hagan variar el conocimiento de hechos o acontecimientos históricos; el simple paso del tiempo, que deja una obra anticuada en cuanto a sus datos, etcétera.

Este derecho de arrepentimiento, dado que tiene lugar cuando se ha producido la difusión y, por tanto, existen ya relaciones jurídicas de tráfico del derecho de autor, tiene consecuencias económicas que el legislador regula en este lugar, aunque hubiera sido más lógico desplazarlas al lugar en que se regulan las consecuencias económicas, que no sólo son facultades, sino que pueden ser también obligaciones crematísticas del autor. Por encima de esta localización, dice la Ley, siguiendo un principio de justicia, que el ejercicio de la facultad de arrepentimiento solamente se puede ejercitar "previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares del derecho de explotación". Aquí los derechos de explotación no se atribuyen ya al autor, sino a quien el autor ha cedido la

¹⁷ La divulgación es aquella especie de difusión que pone los mensajes al alcance de la mentalidad del vulgo. También es difusión la comunicación de la Ciencia, que es todo lo contrario a la divulgación.

facultad de difusión, sea persona física o jurídica; y en los términos de la cesión. El que las consecuencias económicas del arrepentimiento las sufra el autor es obvio cuando las motivaciones son, directa o indirectamente, subjetivas. Otra cosa es que la suma del daño emergente y del lucro cesante haga ilusoria la eficacia de esta facultad, cuando el autor no puede resarcirlos. Por eso se ha dicho que la facultad de arrepentimiento es cara.

También parece de justicia la segunda de las consecuencias que la Ley atribuye al ejercicio de la facultad de arrepentimiento: "Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias". Hay que entender, no solamente el caso de reemprender la explotación, sino, a mayor abundamiento, el supuesto de seguir la explotación una vez introducidas las modificaciones que procedan. Por anterior titular de los derechos hay que referirse al cesionario de los mismos. En cualquier caso, la Ley es ambigua al utilizar dos conceptos oscilantes para acotar las condiciones. Cabe preguntarse, en efecto, qué se considerarán condiciones "similares" y cómo se medirá tal similitud "razonablemente".

X. UNA SINGULAR FACULTAD DE ACCESO

Otra de las facultades reconocidas en el artículo 14, que comentamos, puede resultar extraña por la novedad en nuestro ordenamiento y de poco calibre jurídico, dado el comienzo de su enunciado legal. Sin embargo, es un medio que, en el supuesto de la Ley, es necesario para ejercitar la facultad de difusión en su modalidad de "re-difusión" o, en el único supuesto imaginable, en el de reedición, puesto que implícitamente se refiere a un medio de comunicación no periódico. Es la establecida en el artículo 7, según el cual el autor tiene la facultad de "acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda". Este "cualquier otro" puede ser, por ejemplo, la constancia probatoria de un plagio. Hay que entender también el original único en el caso de que estuviese inédito. Pero lo fundamental es que el acceso al ejemplar único o raro, propiedad o posición de una tercera persona física o jurídica, se da en función del ejercicio de la facultad de difusión, aunque la Ley siga empeñada en utilizar los términos impropios de derecho de divulgación. El ejercicio de esta facultad genera una relación jurídica obligatoria para el propietario o poseedor del ejemplar único o raro en beneficio inmediato del autor, lo que hace lógico que corran a su cargo las molestias y los perjuicios que se originen. A estos efectos, la Ley añade unas consecuencias que, en este caso, aún cuando puedan ser económicas, no se refieren a las facultades económicas que se ejercitan en virtud de las relaciones jurídicas de tráfico del derecho de autor: por lo que no es criticable que se regulen *in situ*. En efecto, la Ley añade que "Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen". Sobre todo, habría que añadir, si el desplazamiento del ejemplar tiene lugar, aún cuando legalmente no sea exigible.

La facultad de arrepentimiento y la de acceder al ejemplar único y raro como medio imprescindible para poder ejercitar la facultad de reedición, no son, por tanto, más

que modalidades y facultades auxiliares de la facultad de difusión descrita en el apartado 1º del artículo 14 de la Ley.

XI. LA INTEGRIDAD DE LA CREACIÓN DIFUNDIRA

Otras dos facultades, explícitas en el artículo 14, tan sólo tienen sentido si con la difusión se relacionan. Una de ellas es la del apartado 4º: "Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación". La justificación de esta facultad es tan evidente como la del mismo derecho de autor: si éste se funda en la creación original, no puede consecuentemente alterarse tal creación. Hay que criticar al párrafo de la ley que la regula la relativización que suponen las condiciones alternativas que establece y que no tienen razón de ser. Exige la integridad el autor porque es el autor, sin someterse a condicionamiento alguno.

Otra es la del apartado 5º: "modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de Bienes de Interés Cultural". La facultad aquí reconocida aparece como naturalmente aditiva del derecho de creación y, por otra parte, viene a circunscribir los límites de la facultad de arrepentimiento. El respeto a los derechos adquiridos por terceros tan sólo puede significar, como en la facultad de arrepentimiento, el que haya que indemnizarlos; pero en ningún caso pueden prevalecer sobre el derecho de creación y su secuela, la facultad de modificación. Los Bienes de Interés Cultural se regulan en la Ley 16/1985 de 25 de Junio del Patrimonio Histórico Español. El que en el párrafo comentado se citen supone, no solamente, un detalle de congruencia del ordenamiento jurídico legal, sino también la salvaguarda de los derechos del sujeto universal, tal como hemos visto que garantiza al párrafo 1. del artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948. La deficiencia de la ley consiste en el enunciado absoluto de la exigencia de protección, que habrá que ponderar en cada caso si prevalece o no sobre el derecho del autor.

Lo que interesa destacar es que una y otra facultades, enumeradas con los ordinales 4º y 5º del artículo 14, únicamente tienen sentido en función de la difusión. Si la obra intelectual no está difundida, las alteraciones pueden producirse sin que la Ley lo diga; pero no tienen relevancia hasta el momento de la puesta a disposición del público. La posibilidad de modificación en tal momento es tan obvia que no merece insistir en ella.

XII. EL DERECHO AL NOMBRE

Un original que guarda inédito su creador no plantea problema alguno con respecto al nombre del autor. Una vez más hay que decir que el problema se plantea en el momento de la difusión. En tal momento tiene efectividad la decisión del autor de determinar si la difusión "ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente" (párrafo 2º del artículo 14). Es el momento, además, en que, sea cualquiera la modalidad nominativa en que la difusión se lleve a efecto, tiene interés la aplicación de la facultad que, según el apartado 3º, consiste en "Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra". El creador tiene la elemental facultad de que se

conozca públicamente que es el autor. Pero ese conocimiento público, aparte del ficticio o formal que supone la inscripción en el Registro, solamente se da por la obra publicada; es decir, difundida.

XIII. LA FACULTAD DE EXPLOTACIÓN

Fuera del artículo 14, que ha sido analizado en todos sus apartados, se refuerza en la Ley la idea de que la difusión es la facultad nuclear que corresponde al autor, a la que, en definitiva, se reconducen todas las demás. Cuando la Ley se refiere a los que llama "Derechos de explotación" ya hemos visto que comienza en el artículo 17 estableciendo que corresponde al autor la facultad de difundir, lo que no podrá ser realizado sin su autorización, "salvo en los casos previstos en la presente Ley". No es cuestión de detenernos en buscar cuales son tales casos: basta con pensar que está latente el repetido párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración de 1984. Lo importante es recapacitar en que todos los circunloquios que el artículo hace y su definición en los artículos 18 a 21 – tomados casi literalmente de la Ley francesa – se reducen a uno que los engloba a todos por su generalidad, comprensión y elaboración técnica: la difusión.

A mayor abundamiento, el artículo 22, establece una nueva facultad –que es moral, aunque pueda tener consecuencias económicas– que se conoce como facultad de colección: "La cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa".

En realidad, los artículos 24 y 25 hablan también de derechos económicos, aunque el legislador los haya incluido en Sección distinta. Lo mismo puede decirse de todas las disposiciones del Título V, que tiene como rúbrica *Transmisión de los derechos*, con lo que también debería referirse a derechos o facultades económicas. Si se leen los artículos de sus disposiciones generales, desde el 42 al 57, se advierte que tienen como denominador común el referirse todos ellos a la cesión de la facultad de difusión, de manera más o menos extensa; con más o menos garantías; y conforme a las relaciones jurídicas que unen al autor con el cesionario. Hay que entender incluidas las cesiones gratuitas, puesto que no todas las formas de cesión constituyen explotación. Las facultades llamadas morales, entre ellas la de difusión que, en los modos positivos o negativos que hemos visto, siempre quedará vertebrando el derecho de autor, nunca pueden renunciarse. La facultad de difusión, en toda su extensión, volverá al autor cuando, por una u otra causa cesen los efectos de la cesión, que habrá de interpretarse siempre en sentido restrictivo o favorable al derecho del autor.

XIV. LA FACULTAD DE RECEPCIÓN

Queda, sin embargo, en pie la facultad de recepción del sujeto universal, expresamente recogida en el artículo 27.1 de la Declaración de Derechos Humanos y a la que no es ajena la Ley, como hemos visto que potencialmente se advierte en su artículo 17. Las facultades del autor y las del público se hacen efectivas, precisamente, tanto para una y otra parte, en el momento de la difusión. Para no alargar la argumentación baste decir que una fórmula justa es la que adoptó el Proyecto de Directiva de la Comunidad Europea sobre las emisiones de Televisión en un artículo que fué suprimido y que no

apareció en el texto definitivo de la Directiva 89/552 de 3 de octubre por razones políticas ¹⁸ La solución es la siguiente: en primer lugar han de tenerse en cuenta las facultades morales del autor; en segundo, la facultad de recepción del público; y, en tercero, las facultades económicas del creador de la mentefactura.

XV. CONCLUSIONES

A) El derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución es el mayoritariamente conocido como derecho de autor, con toda la complejidad de facultades que recaen sobre el objeto de la creación intelectual. La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1987 de 18 de marzo, no concede el amparo en un supuesto de derecho de autor, porque la creación tuvo lugar antes de la vigencia de la Constitución. Es importante, en consecuencia, que la Constitución de 1978 reconozca el derecho del autor.

B) La facultad nuclear, desde el punto de vista del autor, es la facultad de difusión. Todas las demás facultades, integradas en el derecho y que la Ley y la doctrina califican como morales, se refieren a ella y contribuyen a hacerla eficaz. Las llamadas facultades económicas están causadas por la de difusión y son accidentales: pese a su potencial importancia cuantitativa, no constituyen la esencia del derecho autoral.

C) Dentro del contexto constitucional se tiene en cuenta también la facultad de recepción del público con respecto a las creaciones intelectuales.

D) Tanto la difusión, cuanto la de recepción de las creaciones intelectuales –o mensajes– son dos de las tres facultades que constituyen el derecho a la información. En otras palabras, el derecho de autor es una modalidad, como tantas otras, del derecho a la información, que se hace eficaz por la actuación de alguna o algunas de sus facultades integrantes.

E) Esta asimilación, lejos de reducir la importancia del derecho de autor, enriquece su teoría y su práctica con los atributos propios del derecho a la información; y, a la vez, confirma conclusiones obtenidas en el estudio del derecho informativo desde el momento en que extiende su campo empírico de observación.

F) A esta misma conclusión ha llegado, por diferentes vías, la más moderna doctrina sobre el derecho de autor ¹⁹

G) La inclusión del derecho de autor en el artículo 20 de la Constitución, que reconoce y protege el derecho a la información, tiene, por tanto, pleno sentido y razón de ser.

¹⁸ Se precipitó su aprobación, por lo que se eliminaron todos los textos conflictivos o incomprensibles por los miembros del Consejo. Puede verse mi comentario *La reciente propuesta de Directiva del Consejo sobre la radiotelevisión europea*, en "CISS. Noticias C.E.E.", 24, 1987, p. 25-30.

¹⁹ Como ejemplo, valga el título del libro de PADELLARO, G., *Il diritto d'autore, la disciplina giuridica degli strumenti di comunicazione sociale*, Milán, 1972; o las consideraciones de LOEFFLER, M. y RICKER, R., en o.c., p. 321-326.