

LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

I. PROYECCION DE LA CONSTITUCION SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Durante los últimos días del año pasado y primeros del actual se han producido dos acontecimientos legislativos de distinta notoriedad y diferente alcance, que motivan las siguientes reflexiones. De una parte, la sanción real de la Constitución española, que tuvo lugar el 27 de diciembre. De otra, el centenario de la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879, cuya conmemoración ha evidenciado, una vez más, la necesidad de su modificación. Entre las voces que se han alzado últimamente destaca la muy autorizada de los escritores. En la tabla de conclusiones de su primer Congreso, celebrado en Almería durante los días 16 a 19 de febrero pasado, se solicita, de modo expreso, la reforma de la veterana Ley.

A partir de ahora esa reforma, tantas veces intentada, habrá de realizarse necesariamente dentro del marco de la norma constitucional. Pero el jurista, o el simple estudioso de este derecho especial, tiene que dar un paso más y preguntarse si existen condicionamientos o, al menos, principios contenidos en la Constitución que hayan de tenerse en cuenta en la tarea reformadora. Se trata de saber si es posible, y hasta dónde, establecer una relación entre Constitución y propiedad intelectual.

2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: EL ARTÍCULO 149.9 DE LA CONSTITUCIÓN

En una ocasión tan sólo, y por cierto poco importante para nuestro propósito, la Constitución hace referencia a la propiedad intelectual. En el capítulo tercero de su título VIII, concretamente en el artículo 149, relativo a las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, se menciona en el número 9 la "legislación sobre propiedad intelectual...", inspirándose en la Constitución de la República, de 9 de diciembre de 1931, que estableció, en su artículo 15, que "corresponde al Estado español la le-

gislación y podrá corresponder a las legislaciones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: ... legislación sobre propiedad intelectual...". El artículo 149, que ha de ponerse en relación con el artículo 150 para su completa inteligencia, excede de los límites de nuestra consideración, pero tampoco puede pasarse por alto, no sólo por ser el único que hace una alusión específica a nuestra materia, sino porque toma partido sobre un punto nada pacífico, el de la denominación.

La propiedad intelectual es una de las instituciones jurídicas más debatidas. Basta con asomarse a la doctrina y al derecho positivo para darse cuenta de que se ha discutido su existencia, su naturaleza jurídica, su contenido y sus garantías. La controversia se ha extendido, incluso, a su denominación. No podemos por menos que recordar el ensayo caracterológico de las disciplinas jurídicas de GALÁN GUTIÉRREZ, quien, después de hacer un repaso de las más fundamentales, comprobando la facilidad o dificultad con que se han desarrollado, señala que hay ciencias "cuya existencia, como la vida de algunos hombres, con sólo breves momentos de calma, es un esfuerzo constante y heroico de autoafirmación". Entre ellas, tenemos que incluir forzosamente la Propiedad Intelectual.

La cuestión terminológica no es intrascendente, pues, como acertadamente indican MOUCHET y RADAELLI, refiriéndose concretamente a esta materia, la aceptación de una denominación incorrecta puede forzar a que se apliquen, por analogía, las reglas relativas a otras instituciones jurídicas que le sean contrarias. Y PÉREZ SERRANO pone de manifiesto el enfrentamiento que se produjo en 1886, durante las deliberaciones del Convenio de Berna, entre las representaciones alemana y francesa aferradas a su respectiva terminología —"Urheberrecht" y "propriété littéraire et artistique"—, hasta el punto de que, para evitar el fracaso, fue preciso llegar a una fórmula híbrida de compromiso. Lo cierto es que, salvo en los países anglosajones del "copyright", los nombres de propiedad intelectual y derecho de autor son los de mayor aceptación, recobrando, en la actualidad, el primero, su antiguo prestigio, como lo demuestra la revisión de la propia Convención de Berna, realizada en Estocolmo, donde surgió la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

En nuestra patria, la labor legislativa anterior a 1847, muy meritoria en cuanto termina con el sistema de los privilegios, hay que situarla en el terreno de los antecedentes. La primera ley sistemática sobre la materia fue la de 10 de julio de 1847, denominada de propiedad literaria. La ley de 10 de enero de 1879 da carta de naturaleza al término propiedad intelectual, muy en consonancia con las concepciones filosóficas y el entorno social de la épo-

ca, perdurando durante un siglo —excepción hecha del Código Penal— hasta ser recogida por la Constitución.

Sería interesante conocer la causa que ha inclinado a los redactores de la Constitución a decidirse por esta denominación. Los debates parlamentarios en nada se refieren a este punto, privándonos de saber cuál ha sido su verdadera "ratio". En nuestro caso, lamentablemente, tenemos que movernos en el terreno de la hipótesis y llegar a la conclusión de que la inercia legislativa, más que cualquiera otra motivación, ha sido la verdadera causa. A nuestro juicio, resultaría pretencioso buscar justificaciones en el respeto al criterio tradicional o en el derecho comparado de última hora.

3. LA LIBERTAD DE CREACIÓN COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL: EL ARTÍCULO 20. 1. B) DE LA CONSTITUCIÓN

Frente a lo expuesto, de que la Constitución se refiere solamente, en una ocasión, a la propiedad intelectual, podría argüirse que una lectura más detenida de su texto obligaría a rectificar esa afirmación, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 20, especialmente en su número 1, apartado b).

"Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- A) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- B) *A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*
- C) A la libertad de cátedra.
- E) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión."

Mantenemos, sin embargo, nuestra tesis, en base a un examen reflexivo del artículo citado, en el que, en ningún momento, aparece la idea de propiedad intelectual. La significación del precepto hay que situarla en un estrato superior, que será muy fecundo en consecuencias prácticas, pero que no se identifica con ellas. El artículo 20, como los restantes que se agrupan bajo la rúbrica "de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", es una secuela del artículo 10, que enuncia, con especial énfasis, "la dignidad

de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad...". Nos encontramos ante un precepto de acusado sabor iusnaturalista que, por este carácter, representa una garantía frente al estéril dogmatismo del positivismo, en el plano filosófico-jurídico, y la irracional arbitrariedad, en el plano sociopolítico. Se retorna, en suma, aunque posiblemente sin pretenderlo, al reconocimiento de un orden que trasciende y fundamenta el derecho positivo, a través de una serie de manifestaciones del objetivismo jurídico. Porque los problemas ontológico y ético, en la esfera del Derecho, están tan ligados que no pueden entenderse separadamente.

Si se analiza, sin prejuicios, el repetido artículo 20. 1. b), lo que en él se reconoce no es ninguna manifestación del derecho de propiedad, sino una libertad fundamental específicamente exteriorizada. Aunque el derecho de propiedad intelectual sea impensable sin el presupuesto de la libertad de creación y ésta quede casi reducida a un simple nominalismo sin el correlato del derecho de propiedad intelectual, ambos deben distinguirse nítidamente. El artículo 20 de la Constitución se inserta en la esfera de las libertades, como corrobora el propio precepto cuando, en su número 4, añade que "estas libertades tienen su límite...".

En resumen, pues, lo que se reconoce y protege, en el artículo que comentamos, es la libertad de creación intelectual que constituye un "prius" lógico y también un presupuesto jurídico para el nacimiento del derecho de propiedad intelectual. Pero no puede, de ninguna manera, confundirse con él, aunque influya decisivamente en la institución, hasta el punto de que un gran sector doctrinal, al enfrentarse con el complejo tema de la naturaleza jurídica del derecho de autor, recurra, con distintos matices, a la teoría de la personalidad. SIDJANSKI - CASTANOS, tras hacer un análisis crítico de las teorías más relevantes de este grupo, con especial referencia a KANT, GIERKE y KOHLER, concluye afirmando que su gran mérito estriba en haber puesto de relieve el elemento personal o de creación.

4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO CONSTANTE EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: EL ARTÍCULO 20. 1. A) DE LA CONSTITUCIÓN

El reconocimiento explícito del derecho a la creación intelectual no tiene antecedentes en nuestros textos constitucionales, en los que, en forma asistemática, se garantiza la libertad de expresión, ya oralmente o por medio de la imprenta, que, durante mucho tiempo, fue el procedimiento más adecuado para lograr la difusión de las ideas.

La Constitución de Bayona, de 6 de julio de 1808, es muy parca en el

tema de las libertades individuales y, en su artículo 145, determina que la libertad de imprenta se establecerá mediante Ley, dos años después de haberse ejecutado enteramente la Constitución.

En la Constitución de Cádiz, de 1812, sigue latiendo la misma preocupación, pero ya de forma más elaborada. Su artículo 371 expresa que “todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes”. El complemento de esta declaración se encuentra en el artículo 131, relativo a las facultades de las Cortes, a las que corresponde proteger la libertad política de la imprenta.

La Constitución de 18 de junio de 1837 tiene el mismo encuadre que su predecesora, con ligeras variantes de redacción, omitiendo la libertad de escribir, de innecesaria mención por constituir un presupuesto indispensable de la impresión y publicación, y aludiendo a las ideas, sin calificativo alguno, lo que tampoco supone novedad, puesto que el género comprende todas sus especies. Lo que sí hay que destacar es la inclusión de esta libertad al comienzo del articulado, precisamente en el artículo 2.º, según el cual “todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas, sin previa censura, con sujeción a las leyes”.

En la Constitución de 23 de mayo de 1845, también en el artículo 2.º, se establece el derecho a la impresión y publicación de las ideas, con igual texto que la anterior. La reforma de 1857 no afecta a este extremo.

La Constitución de 1 de junio de 1869 abunda en afirmaciones análogas a las indicadas. Se parte en ella, en su modo de expresión, por primera vez en nuestra historia constitucional, de que no se concede ningún derecho, sino que se afirma o reconoce. “Tampoco podrá ser privado ningún español —dice el artículo 17— del derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.”

La restauración alfonsina adquiere especial importancia en el presente momento de nuestra reflexión. Durante ese período, caracterizado por una ingente obra legislativa, se promulgó la Constitución de 30 de junio de 1876, dentro de cuyo marco habría de publicarse la Ley de Propiedad Intelectual. Pero tampoco encontramos en ella ninguna referencia a la creación intelectual, sino que se mueve, como los textos constitucionales anteriores, en la órbita de la libertad de expresión. Así, el artículo 13 establece que “todo español tiene derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa”.

En la Constitución de la segunda República, de 9 de diciembre de 1931, salvo la alusión a la legislación de propiedad intelectual, a los efectos que expusimos anteriormente, el artículo 34 responde al patrón tan repetido, cuando expresa que "toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a censura previa".

Finalmente, el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, cuyo texto refundido fue aprobado con el de las restantes Leyes Fundamentales del Reino, el 20 de abril de 1967, establece, de modo escueto, que "todo español podrá expresar libremente sus ideas, mientras no afecten a los principios fundamentales del Estado".

Cerrado el capítulo de la historia constitucional española, en la que aparece, como una constante, el reconocimiento de la libertad de expresión, sin ulteriores desarrollos, la Constitución de 1978, en su artículo 20, 1, apartados b) a d), y de un modo particular en el primero, que es el que nos ocupa, podría ofrecerse con caracteres de novedad. Estimamos, sin embargo, que la novedad es más aparente que real, pues las libertades que allí se especifican son simples manifestaciones de la libertad de expresión, proclamada en el apartado a), que ni siquiera agotan el amplio abanico en que ésta puede desarrollarse. Desde el ángulo científico, único que aquí nos interesa, el criterio seguido es poco convincente, por la confusión a que induce situar género y especies como realidades de la misma entidad.

El Primer Congreso de Escritores de España, antes mencionado, consideró, en la primera de sus conclusiones, "que es consustancial al escritor la libertad de expresión concerniente a su obra de creación literaria".

Conviene llamar la atención sobre los siguientes aspectos. En primer término, libertad de creación o reconocimiento de una esfera de autonomía individual protegida y ajena a cualquier ingerencia de los poderes públicos o invasión de los particulares. En segundo lugar, creación intelectual u obra del ingenio, es decir, objetivación de las potencialidades ínsitas en la personalidad libremente desarrollada. En tercer lugar, titularidad del derecho sobre el resultado de la creación, ya sea en sentido originario, en cuanto reconocimiento de algo exigido por la naturaleza propia del fenómeno creador, ya en sentido derivativo, en cuanto trae causa de otro titular anterior. En último término, haz de facultades o contenido del derecho, en el que se hace ostensible el poder jurídico del sujeto, actuante en el seno de una sociedad, mediante el consiguiente deslinde de soberanías entre ambos respecto al goce y disposición del objeto.

En esos cuatro aspectos, sumariamente descritos, libertad de creación, obra creada, titularidad y deslinde de facultades respecto a su aprovecha-

miento, se encierra una problemática extraordinariamente compleja. Al derecho de propiedad intelectual sólo le conciernen los tres últimos aspectos y las Constituciones españolas, incluida la vigente, no entran en ellos.

5. PROPIEDAD PRIVADA Y PROPIEDAD INTELECTUAL: EL ARTÍCULO 33. 1. DE LA CONSTITUCIÓN

Es de sobra conocido que en los albores del constitucionalismo español, la aspiración de lograr la unificación jurídica se manifiesta con carácter imperioso. Pretensión vana sería la de reducir a síntesis la serie de factores que condujeron a esa situación. Imperativos de carácter filosófico, como fueron las ideas racionalistas, circunstancias de carácter histórico y motivaciones de índole política, convergen en la redacción del artículo 258 de la Constitución de 1812, según el cual, "el Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que, por particulares circunstancias, podrán hacer las Cortes". Se emprende así la labor codificadora que, nada más iniciada, suma a sus dificultades técnicas otras que no son del caso, frustrándose, por lo que al Derecho civil se refiere, entre otros proyectos, el muy ambicioso de 1851. Pero las necesidades sociales encuentran siempre la forma de su satisfacción. Por ello, abandonado, por el momento, el camino de la codificación se recurre al atajo de las leyes especiales, como la hipotecaria de 1861 o la de propiedad intelectual de 1879, en cuyo artículo 5.º queda sellado su carácter de ley especial, cuando afirma que "la propiedad intelectual se regirá por el derecho común, sin más limitaciones que las impuestas por la ley". A esta materia se referirá posteriormente el Código civil, en sus artículos 428 y 429, incluyéndola entre las propiedades especiales, respetando la aplicación de su Ley específica y declarando, finalmente, que "en casos no previstos ni resueltos por dicha Ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad".

Compartimos la tesis mantenida por BAYLOS CORROZA en una obra muy reciente y posiblemente la más importante publicada entre nosotros durante los últimos años sobre la propiedad industrial e intelectual, de que los derechos de los creadores intelectuales son de carácter privado, saliendo al paso de posiciones doctrinales que, a su juicio, deben abandonarse definitivamente, según las cuales esos derechos constituyen figuras híbridas que participan del derecho privado y del derecho administrativo. Dentro del derecho privado, la propiedad intelectual, en el encuadre de la legislación positiva, constituye, como hemos visto, una propiedad especial, es

decir, una manifestación del derecho de propiedad matizado por una serie de circunstancias específicas.

Si la propiedad intelectual, en nuestra doctrina más solvente y en nuestro derecho positivo, pertenece al campo del derecho privado, constituyendo una de las modalidades del derecho de propiedad, y la Constitución española, en su artículo 33,1, reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, podría llegarse a la conclusión de que la propiedad intelectual está reconocida en la Constitución, porque reconocido el género se reconocen en él todas sus especies que no estén expresamente incluidas.

No nos atrevemos a sentar una afirmación tan categórica que exigiría un estudio mucho más profundo. Dejando a salvo la referencia incidental del artículo 149, lo que nosotros afirmamos es que la propiedad intelectual cabe perfectamente dentro de la Constitución, y, por lo tanto, la institución debe vivir pacíficamente en su seno. Nos basta con esa certeza. Pero la Constitución no se ocupa de la propiedad intelectual, y esto no constituye ningún demérito, sencillamente porque, dado el rango de la norma constitucional, esta materia no pertenece a su nómina.

II. LA REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MARCO DE LA CONSTITUCION

1. LOS DERECHOS DEL AUTOR Y DE LA SOCIEDAD SOBRE LA OBRA DEL INGENIO

Un tema de gran importancia, en este momento, es el de si el legislador, emplazado tantas veces para la tarea de reformar la Ley de 1879, habrá de encontrar en la Constitución, recientemente publicada, algún criterio orientador de su tarea. Nos situamos en esa encrucijada en la que libran una continua batalla los derechos de la sociedad y los del autor, sobre la obra del ingenio.

2. INTENTOS DE REFORMA DE LA LEY DE 1879

De los numerosos intentos de reforma de la Ley de propiedad intelectual, el más elaborado, puesto que estuvo a punto de convertirse en norma positiva, fue el "proyecto de ley reformando la vigente ley de propiedad intelectual", enviado por el Consejo de Ministros a las Cortes el 27 de ju-

nio de 1934, que fue leído, ante el Congreso, por el Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, Filiberto Villalobos González.

En dicho proyecto no encontramos ningún rasgo que permita pensar que fue redactado durante la vigencia de la Constitución de 1931, que había fijado su postura bien claramente sobre las áreas de la propiedad y de la cultura. En su preámbulo se señala que si la Ley de 1879 representó, en su momento, un manifiesto progreso sobre la legislación anterior y colocó a España en un puesto avanzado respecto a las leyes extranjeras, las ideas sobre la protección de este derecho habían cambiado considerablemente y eran necesarias radicales reformas para ponerla al día. Se justificaba, también, el proyecto por la necesidad de regular "las nuevas manifestaciones de la propiedad intelectual por el gramófono, la radio y la cinematografía", dictar normas sobre el contrato de edición, tutelar las obras en dominio público, poner en concordancia el Registro con las prescripciones del Convenio de Berna, establecer el derecho de continuidad en favor del autor de obras plásticas y, finalmente, incorporar preceptos adoptados por las últimas leyes extranjeras. El proyecto se orienta claramente en una mejor definición y garantía de los derechos del autor, y, en el punto clave de la duración de la propiedad intelectual, sin entrar aquí en matizaciones de escaso relieve, reproduce el sistema de la Ley vigente, que la extiende durante la vida del autor y ochenta años *post mortem*. En la balanza de intereses en juego, el proyecto de ley se inclina en favor de los autores, que representan, sin duda, la parte más débil digna de protección.

Se suceden después los intentos de reforma, alentados desde las instancias más vinculadas a la temática del derecho de autor. El primer Congreso Nacional de Bibliotecarios, Archiveros y Arqueólogos, celebrado el año 1950, convencido de la necesidad de la reforma, se muestra muy cauteloso respecto a su alcance. Dice así la primera de las conclusiones de la Sección 6.ª, sobre propiedad intelectual: "Teniendo en cuenta las excelencias de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, la reforma que de ella se haga, en su día, habrá de ser mínima, limitándose a una mera revisión de la misma."

El Ministerio de Educación Nacional se hace eco una vez más de los deseos reformistas, y siendo titular Lora-Tamayo se constituye una Comisión, a tal fin, por Orden de 28 de febrero de 1966. Se expone, en su preámbulo, que es unánime el parecer sobre la necesidad de una amplia reforma de nuestra Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 y de su Reglamento de 3 de septiembre de 1880, para refundir e incorporar la muchedumbre de disposiciones posteriores, adecuar nuestra ordenación a los compromisos internacionales adquiridos y acomodar

sus preceptos a las circunstancias del presente. La Comisión, de la que formó parte el autor de este trabajo, realizó una labor muy completa, avalada por la calidad de los restantes miembros, celebrando cerca de cien reuniones, redactando las bases del anteproyecto de Ley y dejando, casi ultimado, el texto articulado.

El tracto de la reforma vuelve a interrumpirse y, otra vez, se reanuda por Orden del Ministerio de Cultura de 9 de febrero pasado, que crea una nueva Comisión para la elaboración de un anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual. Su preámbulo imita, o más bien copia, el de la Orden del Ministerio de Educación de 1966, con el único retoque de la sustitución de dos palabras.

Publicada la Constitución en fecha tan reciente, lamentamos la ausencia de directrices o, al menos, la indicación del rumbo que deberá seguir la reforma, que habrá de ser suplida por el buen criterio de los miembros de la Comisión.

3. PUNTOS BÁSICOS DE LA REFORMA FUTURA

A) *Afirmación del derecho de propiedad intelectual*

Por las razones que expusimos anteriormente sobre el sentido que debe atribuirse a nuestra Constitución en esta materia; por la dilatada vigencia de una institución de gran arraigo entre nosotros; por la inclusión de nuestro país en el área del mundo occidental; por consideraciones nacidas del respeto a la condición de autor, promoción de la cultura, enriquecimiento de nuestro patrimonio literario y artístico y desarrollo de nuestra investigación científica; la reforma de la Ley tendrá que partir de una afirmación, sin reservas, del derecho de propiedad intelectual.

Esa afirmación, pese a su evidencia, no es ocioso destacarla, no tanto para oponerla a cualquier actitud frontalmente negativa que, por sí misma, quedaría descalificada, sino para dejar fuera de juego posiciones no enterradas que tratasen de construir el derecho de propiedad intelectual como una concesión del Estado. Las diferencias que se dan entre el reconocimiento de un derecho preexistente y la concesión de un derecho expectante son tan abismales y trascienden de tal forma a su configuración, que no necesitan de mayor comentario. Tiene razón GARCÍA NOBLEJAS al afirmar que, ante el silencio del artículo 609 del Código civil, habría que admitir un nuevo modo originario de adquisición del dominio, referido a la propiedad intelectual y reconocido tácitamente por su Ley especial, que es el de la creación de la obra.

B) *La obra del ingenio, expresión de la libertad de creación*

Siguiendo el hilo de nuestro estudio y retornando al texto constitucional, debemos buscar cuál es su punto focal, del que irradia un haz luminoso que se proyecta sobre la sociedad y sus instituciones, conformándolas en un sentido determinado. Este es precisamente el talón de Aquiles de las Constituciones, pero también da la medida de su grandeza, pues hace que aquéllas sean algo más que pura normatividad y se conviertan en proyecto de vida organizada, de acuerdo con unos criterios específicos.

Nuestra tarea consistirá en indagar el significado que debe cobrar la propiedad intelectual en el marco de la Constitución, conjugando, a su vez, el sentido de aquellos factores, creación y propiedad, a que anteriormente aludimos, con los de la función social de esta última y el derecho de todos a participar en los bienes culturales.

No hay creación donde no hay obra creada, ni, por consiguiente, hay libertad de creación si la obra no se concibe y ejecuta libremente. Así ha de entenderse el artículo 53, 1, de la Constitución, en virtud del cual esta libertad, cuyo ejercicio se expresa mediante la obra del ingenio, “vincula a todos los poderes públicos” y “sólo por ley, que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio, que se tutelará de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”, relativo al recurso de inconstitucionalidad. Esto significa llanamente que el ejercicio de este derecho —que de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa— carece de espacios vedados para su desarrollo, no tiene zonas prohibidas, y “cualquier persona podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional”, como determina el artículo 53, 2, de la Constitución. Es más, el artículo 10, 2, del mismo texto preceptúa que las normas concernientes a las libertades o derechos fundamentales, entre los que se encuentra la de creación, “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que sobre esta materia haya ratificado España”.

Pero esta libertad no es absoluta; tiene límites propios que le dan su verdadera fisonomía y que, según expresa el artículo 20.4 de la Constitución, consisten en el respeto a los derechos y libertades fundamentales de los demás, en los preceptos de las leyes que los desarrollan —que, a su vez, como hemos visto, habrán de respetar su contenido esencial— y especial-

mente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Por consiguiente, y como segunda premisa, los redactores de la ley deberán tener igualmente presente que el objeto del derecho, es decir, la creación intelectual, no podrá ser restringido, siempre que tenga el contorno que marca el respeto a las libertades de los terceros, que hemos señalado.

C) *El derecho a participar en los bienes de la cultura. El artículo 44 de la Constitución. Limitaciones al contenido del derecho de propiedad intelectual*

Con lo expuesto no hemos agotado el tema de nuestra reflexión. Hemos despejado algunos puntos de gran trascendencia, pero estimamos que la Constitución contiene otra serie de virtualidades que se refieren precisamente a su contenido.

Esas virtualidades se encierran fundamentalmente en dos aspectos: la función social como brida o limitación a la propiedad privada, establecida en el artículo 33, 2, de la Constitución; y el derecho de todos al acceso a la cultura, reconocido en el artículo 44, 1, como espuela a los poderes públicos, obligados a su promoción y tutela. Facilitar la participación en los bienes culturales es una exigencia imperiosa de la época presente, y dentro del campo del derecho de autor es la expresión, por antonomasia, de la función social de la propiedad y, muy posiblemente, la única justificación válida de las gravosas limitaciones que le afectan, que de otra manera resultarían inadmisibles.

a) *Temporalidad del derecho*

Cuando la propiedad, como consecuencia del desarrollo de la humanidad, hace tránsito de su manifestación colectiva a su proyección individual, se configura como un derecho absoluto. Por elemental, debemos pasar por alto el estudio del artículo 348 del Código civil y sus antecedentes, para señalar tan sólo que hoy día el dominio tiene una significación diversa de la que resulta del precepto citado, precisamente por el acento social que recae sobre todas las manifestaciones de la convivencia.

La evolución de la propiedad intelectual no corre paralela en ese cambio de significación, pues nació ya en nuestra Patria con una significación social acusadísima.

Superada la etapa de los privilegios y la de los antecedentes, la propiedad intelectual, en sentido técnico-jurídico, tuvo en sus orígenes una clara

vocación socio-cultural. La Ley de 1847 consagró definitivamente la temporalidad del derecho de autor, que en ningún caso sobrepasaba los cincuenta años después de la muerte o de la fecha de publicación de la obra, dentro de una casuística complicada. Esa limitación respondía al mimetismo del Decreto de 1810, de Napoleón I, que reconoció la propiedad intelectual durante la vida de los autores y veinte años más, fundándose, como indica LÓPEZ QUIROGA, en que en el transcurso de los tiempos, al dividirse esta propiedad intemporal entre muchos propietarios, posiblemente desconocidos entre sí y únicos titulares del derecho de publicación, desaparecerían de la circulación las mejores obras. Estas razones, expuestas por Napoleón ante el Consejo de Estado, pudieron tener validez en su momento, pero no hoy, en que se instrumenta un sistema de publicidad adecuado mediante el Registro.

Al discutirse nuestra Ley de 1879 el clima era completamente diverso. Dicha Ley fue auspiciada bajo el signo de la perpetuidad. El proyecto presentado al Congreso por un grupo de Diputados, entre los que se contaban Danvila, Castelar y Núñez de Arce, establecía en su artículo segundo que "la propiedad se rige por el mismo derecho regulador de las demás propiedades, y, como éstas, es perpetua y no admite más limitaciones que las impuestas por la ley o por la voluntad de los que la tienen". Dicha propuesta fue acogida con gran calor en la información pública a que fue sometida por la Comisión dictaminadora en la noche del 27 de noviembre de 1876, pero no prosperó, fundamentalmente por la oposición tenaz de los Ministros de Fomento y de Gracia y Justicia, llegándose a la redacción, aceptada en lo sustancial por el Senado, del texto que constituye el artículo sexto vigente. La temporalidad del derecho, aunque con un plazo más largo que el de la Ley de 1847 y el del derecho comparado, no fue fruto, como se ve, de la convicción de la transacción.

Por unas u otras razones, es lo cierto que nuestra Ley, a los cien años de su publicación, responde perfectamente, en este punto, a los imperativos de tipo cultural y a la función social de la propiedad. Incluso el plazo de duración, aunque rebase los cincuenta años, generalmente aceptado, no puede considerarse excesivo si se tiene en cuenta que existe una corriente favorable, cada vez más pujante, a la mayor duración. La Ley de la República Federal Alemana de 9 de septiembre de 1965 lo ha establecido en setenta años.

La pugna entre perpetuidad y temporalidad está definitivamente resuelta, y los reformadores de nuestra ley podrán discutir matices, pero no conceptos, si bien habrán de eliminar una serie de factores de incertidumbre que reducen y condicionan la protección de las obras en función de su

inscripción o no inscripción en el Registro. Esta institución debe ser robustecida, pero no ha de servir de instrumento para el ingreso vergonzante y anticipado de las obras en dominio público.

b) *Significación del dominio público en el derecho de propiedad intelectual*

El dominio público, tributo en favor de la sociedad, que inexorablemente ha de satisfacer el titular del derecho de autor, transcurrido un determinado tiempo, es realmente excesivo si se compara la propiedad intelectual con otras formas de señorío, cuyo título de adquisición nunca tendrá la grandeza de la creación intelectual. No por ello esta propiedad especial queda exenta de las limitaciones que derivan de la imposición directa y de la expropiación. Con razón afirmaba HEPP, aunque exagerase el término de comparación innecesariamente, que los herederos de los autores "se encuentran penalizados por tener como ascendiente a un hombre que cultivaba las letras y las artes, en lugar de atesorar y dedicarse a la especulación".

Cuando en el derecho de propiedad intelectual se examina el "quid" de lo que se entiende por dominio público se advierte que difiere de lo que la doctrina, inspirada en una concepción regaliana, concibe tradicionalmente como tal. Por esto, el principio de desafectación, que según el artículo 132 de la Constitución debe inspirar, entre otros, el régimen jurídico de los bienes de dominio público, no es predicable a nuestro objeto, resultando inaudito que sirviéndose de él pudiera llegarse a la realización del valor de las obras del ingenio.

El ingreso de las obras en dominio público sólo tiene como justificación la de facilitar al máximo el acceso a los bienes culturales, sin gravar su utilización, adoptando simultáneamente medidas para evitar que el sacrificio de los derechos del autor se convierta en un medio para satisfacer, más allá de lo legítimo, los intereses del explotador. La primera cuestión está resuelta perfectamente en la Ley y Reglamento del Patrimonio del Estado, cuyos artículos 99 y 104, con idéntica redacción, establecen que "la utilización de propiedades incorpóreas que, por aplicación de la legislación especial hayan entrado en el dominio público, no devengará derecho alguno en favor del Estado ni de ninguna otra Corporación o Entidad". La segunda vertiente está completamente abandonada y no es de fácil solución. Los reformadores de la Ley de Propiedad Intelectual quedan emplazados para hacer un esfuerzo en tal sentido. Deberán cubrir asimismo otro flanco de las obras en dominio público, el de la defensa de su inte-

gridad frente a las mutilaciones o deformaciones que están expuestas por falta de protección suficiente. Rendirán simultáneamente un gran servicio al patrimonio cultural español.

c) *El arrepentimiento como derecho del autor*

Un tema de innegable fricción entre los derechos del autor y los de la sociedad se produce con el llamado derecho de arrepentimiento. Mediante la creación intelectual el autor expresa sus criterios artísticos, literarios o científicos; pone de manifiesto sus convicciones ideológicas, religiosas, morales o políticas; proyecta, en suma, su personalidad sobre una faceta determinada de la realidad. Todo ello puede cambiar en el transcurso del tiempo, hasta el extremo de que pretenda evitar la difusión de su obra, decidiendo la retirada de los ejemplares o impidiendo nuevas publicaciones. El artículo 93 del Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual, incluido en el título II, de los Teatros, alude incidentalmente a la retirada de la obra por parte del autor cuando ofenda su conciencia moral o política.

Mientras el autor conserve la propiedad de su obra todo se reduce a una oposición de intereses, frente a posibles titulares del derecho de explotación. El caso adquiere todo su dramatismo cuando el autor ha enajenado su derecho o cuando la obra ha pasado al dominio público.

El artículo 44 de la vigente Ley determina que "no tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 40, cuando el autor, que conserva la propiedad de la obra, antes de que transcurran los plazos que aquéllos fijan, manifieste en forma solemne su voluntad de que la obra no vea la luz pública. Igual derecho y en la misma forma corresponde al heredero, siempre que lo haga de acuerdo con un Consejo de familia, constituido de la forma que establecerá el Reglamento".

El mencionado artículo condiciona el ejercicio del derecho de arrepentimiento a la situación de autor propietario, impidiendo la aplicación de las reglas de caducidad del derecho de propiedad intelectual, al establecer la inaplicabilidad de los artículos que cita. Por ello, cuando pierda esa cualidad decae cualquier posibilidad de ejercicio del derecho de arrepentimiento. Este planteamiento, adecuado a la época de promulgación de la Ley de 1879, resulta hoy anacrónico, porque el derecho de arrepentimiento no puede vincularse al aspecto patrimonial de sumisión al dominio, sino al derecho moral, basado exclusivamente en la condición de autor, y por extensión de heredero, sea o no propietario. Ese anacronismo y sus consiguientes desajustes en torno al derecho moral del autor fue señalado

por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de julio de 1965, en el famoso pleito entre determinado escultor y una empresa hotelera de la Costa del Sol.

El derecho de arrepentimiento encaja, a nuestro juicio, en el haz de libertades individuales consagradas en la Constitución española, interpretadas en su doble sentido positivo y negativo. La futura Ley de Propiedad Intelectual deberá reconocerlo plenamente, con arreglo a su verdadera naturaleza. El problema se suscitará al señalar el límite temporal de su ejercicio. Los derechos de la sociedad y el desarrollo de la cultura habrán de subordinarse, al menos hasta el momento en que la obra entre en dominio público, por extinción del plazo normal de protección del derecho de autor "post mortem".

d) *La propiedad intelectual inactiva*

El artículo 40 de la Ley de 1879 supone una afirmación vigorosa de la función social del derecho de propiedad intelectual, verdaderamente audaz y original, que permite la publicación de las obras por persona distinta a su propietario cuando éste no las haya publicado de nuevo durante veinte años. Se anticipó a la afirmación del artículo 30 del Fuero de los Españoles, que prácticamente no tuvo desarrollo, de que "la riqueza no podrá permanecer inactiva". El rigor del artículo 40 no tiene parangón con ningún otro sector del derecho de propiedad y constituye un servicio más de los autores a la sociedad y a la cultura. Aunque limitadamente, la Ley abre un nuevo portillo para el ingreso de la obra en dominio público. Los condicionamientos de los artículos 41 y 42, a nuestro modo de ver, no son suficientes y deberán complementarse en la futura Ley de Propiedad Intelectual, a través del arbitrio judicial, manteniendo, sin embargo, el significado de la norma, en línea con los rumbos del texto constitucional.

e) *Otras limitaciones*

La limitación de los derechos de autor por consideraciones de carácter social o cultural tiene un campo mucho más amplio que el que hemos tratado de desarrollar. Basta con recordar el derecho de cita (art. 7 de la Ley), los discursos parlamentarios (art. 11 de la Ley), las disposiciones legales (art. 28 de la Ley), determinados escritos insertos en publicaciones periódicas (art. 31 de la Ley). La temática es muy varia, y a título de ejemplo

señalamos la reproducción de trabajos ajenos con fines científicos y el complejo mundo de las licencias legales. La limitación de los derechos del autor, en el primer caso, está plenamente justificada. Pero en el reconocimiento de las segundas habrá de procederse con extrema cautela para evitar que sea cierta la afirmación de OLAGNIER, quien refiriéndose a ellas decía que, en realidad, sólo sirven para aprovecharse del trabajo ajeno, ya gratuitamente, ya mediante una retribución inferior a la debida.

CARLOS ALVAREZ ROMERO

Registrador de la Propiedad