

Aproximación jurídica al concepto de derecho de autor. Intento de calificación como libertad de producción artística y científica o como derecho de propiedad

Gemma Minero Alejandre
Departamento de Derecho Privado,
Social y Económico
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

gemma.minero@uam.es

A Legal Approach to the Concept of Copyright. A Definition as Freedom of Artistic and Scientific Output or as Property Right

RESUMEN: Este artículo analiza el carácter del derecho de autor como derecho fundamental o no. Tras un recorrido por las facultades patrimoniales y morales en que se divide el derecho de autor, el estudio trata de ubicar este derecho dentro de la libertad de producción artística y científica del artículo 20.1.b) de la Constitución Española o, por el contrario, dentro del derecho de propiedad general del artículo 33. Finalmente, se reflexiona sobre la posibilidad de extender estas consideraciones a los otros derechos de propiedad intelectual distintos del derecho de autor (derechos afines, patentes, marcas, etc.). Esta discusión no es banal. La calificación que se dé al derecho de autor definirá el peso de éste en los conflictos que se planteen entre el derecho de autor y otros derechos, tales como la privacidad o la libertad de expresión.

PALABRAS-CLAVE: Derechos de propiedad intelectual, derecho de propiedad, derecho fundamental, autor, derecho moral

ABSTRACT: This article discusses the nature of copyright as a fundamental right. After studying the two faces of copyright, both economic and moral, I analyze whether copyright should be seen as part of the freedom of artistic and scientific creation (article 20.1.b Spanish Constitution) or as part of the general property right (article 33). Finally, I explore the possibility of applying these conclusions to other intellectual property rights (related rights, patents, trademarks, etc.). This discussion is not trivial. The weight of copyright in case of conflict with other rights (such as privacy and freedom of speech) depends on the nature of copyright as a fundamental right or not.

KEYWORDS: Intellectual property rights, property, fundamental right, author, moral right

ISSN 1989-7022

ILEMATA año 5 (2013), nº 12, 215-245

1. Introducción al problema

Empezar por el principio implicaría preguntarnos el por qué de la existencia de la propiedad intelectual. Esta cuestión ha sido tratada más en el plano filosófico que en el estrictamente jurídico o, por ser más precisos, más en el plano jurídico-filosófico que en plano específico *ius civilista* y/o *ius mercantilista* de la propiedad intelectual, si bien se encuentra a caballo entre ambas materias. La doctrina especializada en propiedad intelectual focaliza como único o casi único argumento en favor de la existencia del derecho de autor el sentido económico o comercial que éste tiene a la hora de servir de incentivo para el desarrollo futuro de la creación, si bien se reconoce que la dimensión espiritual de la obra ejerce una incidencia sobre el derecho que la protege e implica, básicamente, que si bien existen una serie de facultades patrimoniales susceptibles de ser mercantilizadas como cualquier otro derecho de propiedad, quien es autor también ostenta unas potestades

* La autora quiere agradecer al profesor Lorenzo Peña y Gonzalo la invitación a participar en el seminario JuriLog.



Received: 09-04-2013

Accepted: 28-04-2013

morales que van unidas a su persona y que no son objeto del comercio (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007b, 21). Visión que queda corroborada, si quiera formalmente, con la propia denominación de estos derechos en el ordenamiento nacional y en el Derecho comparado: los de propiedad intelectual.¹ En el plano filosófico se utilizan argumentos en favor de la existencia del derecho de autor tales como la adecuación de la apropiación del fruto del trabajo -esto es, del estudio, la investigación y la creación-, que son los bienes intelectuales creados, las obras, cuando éstos no han sido creados a partir de una materia prima preexistente. El argumento empleado para oponerse a la existencia del derecho de autor se basa en la imposibilidad de adueñarse del producto de nuestro intelecto porque la materia prima empleada para ello no son sino las ideas previamente elaboradas por otros humanos, por la sociedad en la que el individuo se desarrolla, de manera que existe un componente social e inter-generacional preponderante frente al trabajo individual (Peña y Lorenzo, 2008).

El segundo paso, si uno fuera por orden, sería el de calificar el derecho de autor dentro del ordenamiento jurídico español, como derecho fundamental o no, de cara a evaluar la posición de éste en los casos de roces con otros derechos. En este punto debemos tener en cuenta que la solución, en caso de conflicto sobre la aplicación de dos derechos que tutelan distintos objetos o intereses, siempre es a favor del derecho fundamental, cuando el otro derecho en juego no tiene este carácter. Pues bien, de mantenerse que los derechos de propiedad intelectual son derechos fundamentales, tendrían el mismo peso que otros derechos fundamentales con los que éstos suelen chocar, tales como la libertad de expresión, la libertad de información, la protección de datos personales, etc. Sin embargo, si concluimos que los derechos de propiedad no se engloban en la categoría de derechos fundamentales la balanza vencerá a favor de los derechos fundamentales en conflicto, sean los que acabamos de citar u otros.

El tercer escalón sería el análisis de hasta qué punto las consideraciones a las que hemos llegado en relación con el derecho de autor se pueden aplicar a los derechos afines al derecho de autor, surgidos después de éste. En efecto, cuando hablamos de derechos de propiedad intelectual nos estamos refiriendo no sólo a los derechos de autor. Este término también incluye a los denominados derechos afines, vecinos o conexos al derecho de autor, cuya regulación ha sido posterior y cuyos objetos protegidos distan mucho de parecerse a la originalidad tutelada con el derecho de autor. De ahí que también las facultades reconocidas a los titulares de los derechos afines sean diferentes -menores o más reducidas- de las que se otorgan al autor.

Sin embargo, prefiero invertir el orden. Primero, trataré de que adentrarme en el concepto de originalidad, necesario para que nazca el derecho de autor. En segundo lugar, mi objetivo es el de desgajar cada una de las facultades del derecho de autor. Después trataré de calificarlo o ubicarlo dentro del sistema español. Más tarde, quisiera reflexionar si todo ello se puede aplicar a los derechos afines distintos del derecho de autor y hasta qué punto aquellos gozan o no del mismo peso que éste en la balanza de la solución de conflictos surgidos en la aplicación de éstos y otros derechos. Seguidamente, me referiré a las cesiones que en el ámbito laboral y en el sector público se producen. Por último, me gustaría que acabásemos reflexionando sobre el sentido real que este halo de facultades que conforman el derecho de autor tiene en nuestra sociedad en el momento actual, teniendo en cuenta las potestades del titular, pero también la función social de este derecho y la práctica de la cesión de parte de las facultades del autor en el ámbito del derecho del trabajo.

2. El origen: la originalidad

Empezando por la reflexión sobre el contenido del derecho de autor, debemos afirmar algo que ya es lugar común: el derecho de autor no nace sin originalidad, sin creación intelectual. En el art. 10 LPI se enumeran una serie de tipos de obras, con un carácter meramente ejemplificativo, y no exhaustivo, a pesar de su extensión, pero, aun cuando algo cumpla con las características comunes para ser tenido por alguno de los conceptos citados en este precepto, por ejemplo, para ser una composición musical (letra b), ese algo no quedará protegido por el derecho de autor si no tiene un carácter original. Por tanto, el problema no es la falta de definición de los conceptos de libro, composición musical, coreografía, escultura o cualquier otro de los términos englobados en esta lista, sino la determinación de cuándo un concreto libro, composición musical, coreografía, escultura u otro son originales y, con ello, merecedores del derecho de autor. El legislador lanza la pelota al juez en el peritaje de la protección, que pasa, por tanto, a tener entre manos una labor nada sencilla, cuya amplitud o estrechez de criterio marcará el mínimo común denominador de la creación cultural de un país.

He aquí el primer gran problema. No existe en este punto un consenso doctrinal ni jurisprudencial sobre lo que deba entenderse por originalidad. Son dos las posturas posibles:

- a) Entender la originalidad como una novedad objetiva, de manera que solamente quedará protegido aquel producto que fue el primero en existir de ese modo, con ese resultado, pero no así el segundo o posteriores productos de este tipo. La novedad objetiva, esto es, la inexistencia de un producto anterior en el tiempo idéntico debe apreciarse en el momento de la creación.
- b) Entender que la originalidad exige el reflejo de la personalidad del autor, de manera que para que algo quede protegido no es necesario que sea objetivamente nuevo, siempre que sí lo sea subjetivamente. Según esta última postura, no existe infracción del derecho de autor anterior cuando ya existe con anterioridad una obra igual realizada por otro autor, pero el segundo autor en el tiempo no hubiese utilizado, ni consciente ni inconscientemente, la obra preexistente para crear la suya (MAGRO SERVET, 2010).²

Pues bien, la doctrina tradicional ha venido decantándose a favor de la tesis de la originalidad subjetiva, entendiendo que el derecho de autor, a diferencia del derecho de patentes, no protege única y exclusivamente la novedad en sentido estricto.³ Sin embargo, el contexto histórico y creativo en el que se basaba esta postura doctrinal es bien distinto del existente en la actualidad. En efecto, la originalidad como trascendencia de la personalidad del autor sobre su obra se correspondía con la creación en las artes clásicas -pintura, escultura, literatura, etc.-, que llevaban consigo una altura creativa que hoy en día es difícil de constatar en muchas de las creaciones que se realizan (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012, 21).⁴ De ahí que, en algunos casos, se haya preferido la interpretación objetiva de la originalidad.⁵ El contenido de la prueba de la defensa de quien se cree autor será distinto en cada caso, pero con las mismas consecuencias prácticas en los dos. Si se utiliza un planteamiento subjetivo, habrá que acreditar que no se ha copiado, mientras que si se emplea un argumento objetivo habrá que probar que lo creado es distinto de otras obras que pudieran existir hasta ese momento. Eso sí, con independencia de cuál sea la postura por la que se opte, más allá de los supuestos de coautoría, será imposible reconocer la autoría de dos sujetos distintos sobre una misma obra (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012, 50).

La originalidad en sentido subjetivo ha sido el empleado por el legislador español, siguiendo los dictados europeos, en la regulación de la protección de los programas

de ordenador. El art. 96.2 LPI establece: «El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor». En otras palabras, con independencia de que exista otro programa con la misma función, el autor del segundo quedará protegido por el derecho de autor cuando consiga desarrollar un código que realiza esa misma función por sus propios medios, sin copia del primer programa. A priori puede parecer paradójico el hecho de que se permita que dos programas de ordenador que tengan una misma función queden protegidos por dos derechos de autor independientes a pesar de que el creado en segundo lugar no fuera una novedad objetiva, pues ya existía en el estado de la ciencia. En este sentido, se entiende que, en la Informática, generalmente, son varias las formas con las que conseguir que un programa desarrolle una determinada función o dé respuesta a una necesidad y que cualquier tercero es libre para tratar de crear esa misma funcionalidad, siempre y cuando no copie la escritura del código del primer programa. De ahí que, un segundo programa que haga lo mismo que el primero no tiene por qué ser copia del primero si el autor del segundo logra demostrar que existe un reflejo de su personalidad en el segundo programa, cosa que, en el ámbito de la Informática solamente puede hacerse probando que los códigos (objeto y fuente) son distintos, de manera que ese sujeto no conoció el primer código fuente o, si lo hizo, no lo utilizó para crear el segundo programa.⁶ Con ello se consigue una promoción de la industria del software, un incentivo para la creación y actualización de programas, pues se evita que el primero que dio respuesta a una necesidad pueda prohibir que terceros con conocimientos técnicos suficientes lleguen a un resultado que, si bien es idéntico, sigue una vía -un código- diferente.

Pero la Directiva de programas de ordenador no es la única norma europea en materia de propiedad intelectual que regula un concepto de originalidad subjetiva. También la Directiva de bases de datos y la Directiva de duración lo hacen.⁷ Así, el art. 3.1 de la Directiva de bases de datos establece: «De conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor, estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor. No serán de aplicación otros criterios para determinar si tales bases de datos son susceptibles de dicha protección». Esta disposición tiene su razón de ser en la propia naturaleza del objeto protegido, una base de datos, cuyos niveles de originalidad suelen ser reducidos o muy reducidos, pues se miden en base a los criterios de selección y ordenación de los contenidos de la base de datos, que no tienen por qué ser obras, sino que pueden ser simplemente

datos o elementos sin protección por el derecho de autor, como textos de sentencias. Sería muy complicado que estos criterios de selección y de ordenación gozasen de originalidad objetiva, es decir, que fueran una novedad empírica en el sector. Es más, es difícil que una base de datos goce de la protección por el derecho de autor, incluso si se opta por el criterio subjetivo de medición de la originalidad, pues los criterios de selección tienden a ser omnicomprendivos, a englobar todo lo que exista sobre una determinada materia, y porque los criterios de búsqueda tienen por fin u objetivo ser prácticos e intuitivos, permitir la mayor facilidad de búsqueda. En definitiva, la industria de las bases de datos prefiere la facilidad de manejo frente al carácter original y artístico de sus productos.

Lo que en realidad le interesa al fabricante de una base de datos es la posibilidad de controlar el uso de su contenido -no ya de los criterios de selección y/o disposición de ese contenido- y es por ello que el legislador europeo ha regulado una protección especial, el denominado derecho *sui generis*, cuyo objeto protegido es la inversión en la obtención, verificación y/o presentación de los elementos. Con independencia de la mayor o menor originalidad de una base de datos, el fabricante quedará tutelado siempre que los recursos invertidos en la fabricación de ésta hayan sido elevados, incluso en el supuesto extremo en el que esa base de datos sea idéntica a otra anterior, contenga los mismos elementos, siempre y cuando la constitución de la segunda base de datos, por utilizar fuentes alternativas y no ser un expolio de la base de datos previa, hubiese supuesto una inversión sustancial. Pues bien, este derecho *sui generis* es también un derecho de propiedad intelectual, pero no un derecho de autor, sino un derecho afín (Minero Alejandro, 2011).

En los mismos términos que antes hemos transcrito se pronuncia el legislador europeo en el art. 6 de la Directiva de duración, en relación con la protección de la fotografía pro el derecho de autor.⁸ En este caso, la interpretación de la originalidad es relevante a la hora de decidir acerca de la protección por el derecho de autor o, en caso contrario, por los derechos afines. En efecto, la fotografía que se considere subjetivamente original quedará tutelada por el derecho de autor, pero la ausencia de originalidad subjetiva de una fotografía no es sinónimo de falta de protección, sino de tutela por el derecho afín de la mera fotografía (art. 128 LPI). Este último derecho, en el caso español, se traduce en una tutela reducida de 25 años desde la realización de la fotografía.⁹

En todo caso, se debe advertir de la existencia de una relevancia mínima o altura creativa, que será mayor o menor en función de la categoría de obra de que se trate y, con ello, del concreto margen de libertad creativa del autor. El criterio de la originalidad se cumple cuando el autor expresa su capacidad creativa tomando elecciones libres y creativas y/o imprime así su toque personal.¹⁰ Para eso debe existir, un campo de elección, luego no habrá originalidad cuando el resultado es dictado por consideraciones técnicas, reglas o exigencias en general.¹¹ Cuando la expresión dada por el autor es la única posible para conseguir la función buscada -como sucede habitualmente en determinadas líneas de código de un programa de ordenador-, no puede hablarse de originalidad.

En este sentido, cuando menor sea el campo de decisión del autor, menor será también el nivel mínimo exigido para la protección. Sin embargo, una serie de decisiones jurisdiccionales han tirado por tierra este principio defendido por la doctrina, creando una tendencia a prescindir del requisito de la mínima altura creativa para reconocer la existencia y protección propia de una obra. A ello se refiere el concepto *kleine Münze*, extendido entre la doctrina alemana, que hace referencia a las *obras de calderilla*, en donde cualquier mínima demostración de la existencia de una diferencia con una obra previa implica el nacimiento de un nuevo derecho de autor. Pero esta facilidad de protección implica tener que hacer frente también a la otra cara de la moneda: la escasa extensión o fuerza de la protección. Efectivamente, la extensión de la protección frente a creaciones parecidas, de un mismo sector, depende de la altura creativa. En el caso de las *obras de calderilla*, su protección es muy reducida, puesto que cualquier otra creación de ese tipo que no sea estrictamente igual, será considerada distinta y merecedora de un derecho de autor autónomo, que no infringe el derecho de autor sobre la primera obra. En el sistema español, tenemos el ejemplo de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996, que protege como obra el folleto con instrucciones explicativas del uso y la utilidad de unas mamparas de baño, con el que éstas se comercializaban, y la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2002, que considera tutelados por el derecho de auto los anuncios por palabras sobre ofertas de empleo publicados en periódicos (Bercovitz Rodríguez-Cano, 1996). Sin embargo, esta tendencia a la baja ha convivido con una serie de pronunciamientos nacionales más exigentes, que sí hablan de la *Gestaltungshöhe* o altura creativa defendida por la doctrina alemana.¹²

Finalmente, debemos advertir que la originalidad, como quiera que se interprete por cada juez, es el único requisito para el nacimiento del derecho de autor. Ningún criterio formal es necesario para la protección de la obra, como puede ser el registro de la obra en el organismo específico sobre la materia, el Registro de la Propiedad Intelectual.¹³ Eso sí, es cierto que el hecho de que una obra esté registrada facilita muchos aspectos de la prueba, en caso de posterior litigio. Este requisito sí existe con carácter general, por ejemplo, en el derecho de marcas, de patentes y de diseños industriales. También existía en EE.UU. hasta la adhesión de este país al Convenio de Berna, en donde se declara la ausencia de toda formalidad de este tipo.¹⁴ Sin embargo, aunque esto siga siendo así, lo cierto es que el *petitum* de la demanda por infracción del *copyright* será mayor en EE.UU. si la obra está registrada, pudiendo pedirse daños punitivos.

3. Las facultades en que se divide el derecho de autor: derechos patrimoniales y derechos morales

El derecho de autor tiene dos caras independientes, cuyos rasgos definitorios son antagónicos entre sí. Por un lado, los derechos patrimoniales, fundamentalmente económicos y, por ello, objeto del comercio, con una duración limitada en el tiempo. Por otro lado, los derechos morales, que no podrán ser objeto de cesión o mercantilización y que, en algunos casos, tienen la peculiaridad de no caer en el dominio público, de perdurar de manera indefinida en el tiempo como continuidad de la persona del autor, del respeto a su obra.

3. 1. Los derechos patrimoniales del autor

Empezaremos por los derechos patrimoniales, regulados en los arts. 17 y ss. LPI. El art. 17 LPI es lo suficientemente amplio como para permitir que cualquier forma de explotación futura que cumpla con alguna de estas características pueda englobarse en estos derechos y, por tanto, pueda ser de titularidad del autor. Este precepto habla de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. En definitiva, incluye todo acto que implique la copia, la modificación de una obra en la que se siga reconociendo la obra original, la comunicación de cualquier manera de la obra, ante un público físico o uno potencial en Internet, sin necesidad de

soporte material asociado o los actos de venta, alquiler, préstamo, etc. de una obra materializada en un soporte físico, tangible, necesitan de la autorización del autor de la obra para poder llevarse a cabo. En todos estos casos, el legislador ofrece la posibilidad -que no la obligación- de que el titular del derecho de autor obtenga un rendimiento económico por la utilización que los terceros pueden hacer de su obra.

En ponderación con el derecho fundamental a la intimidad, reconocido en el art. 18 de la Constitución española, el legislador decidió establecer el agotamiento del derecho de distribución del autor tras una primera venta del soporte físico de la obra en el territorio de la Unión Europea.¹⁵ Por tanto, una vez el autor o un tercero con el consentimiento de éste vende el soporte físico de la obra deja de tener control sobre los posteriores actos de reventa de dicho soporte que pueda realizar el comprador o los sucesivos compradores.

Para completar lo anterior, el art. 43.5 LPI establece: «*La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión*». Esto significa que, aun cuando la totalidad de derechos de explotación se hubieren cedido a un tercero, toda nueva modalidad de uso de una obra que surja en la técnica con posterioridad al momento del contrato de cesión nacerá a favor del autor, siempre y cuando no hayan transcurrido 70 años tras el fallecimiento del autor. El caso de Rafael Alberti nos servirá como ejemplo. En la fecha del fallecimiento de este autor, en 1999, no existía la forma de explotación de la obras literarias mediante el formato de libro electrónico que conocemos hoy, luego no tuvo posibilidad de negociar con los cesionarios un precio y condiciones específicas de esta forma de reproducción de su obra, de ahí que la LPI establezca esta suerte de defensa, que se traduce en la consecuencia de que aunque Alberti hubiese cedido en su totalidad el conjunto de derechos patrimoniales de su obra, el derecho de controlar la reproducción en formato de libro electrónico revertirá sobre su persona o, tras su fallecimiento, sobre la persona designada por éste en testamento para la defensa de sus derechos de autor o, en su defecto, sobre sus herederos, que podrán cederlo a un tercero distinto del primer cesionario y obtener una remuneración económica por ello.

Conforme a los arts. 43 y ss LPI, el autor, titular originario de los derechos patrimoniales que acabamos de mencionar, puede cederlos a terceros, gratuita u onerosamente y puede establecer las condiciones en las que su obra puede ser utilizada por esos

cesionarios. Siguiendo la regla general del Derecho de los contratos español, dicho contrato no exige la forma escrita para ser válido. Pero la libertad contractual de las partes a la hora de pactar esta cesión no es ilimitada a los ojos del legislador. Así, por ejemplo, se considera nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro (art. 43.3 LPI). Con ello, se trata de acabar con las relaciones de mecenazgo tan comunes en épocas pasadas. Una galería de arte puede firmar con un autor novel la cesión de los derechos patrimoniales referidos a su próximo cuadro o, por ejemplo, a las siguientes cinco obras que realice durante la vigencia del contrato, siempre y cuando el autor ya tuviese la iniciativa de realizarlas o éstas fueran obras por encargo, pero lo que no puede pretender la galería es asegurarse la explotación de toda la obra del autor mediante la firma de un contrato vitalicio de cesión de los derechos patrimoniales referidos a cualquier obra que el autor pudiere crear hasta la fecha de su muerte. Asimismo se regula la nulidad de las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro (art. 43.4). En este último caso lo que se prohíbe es que por la vía contractual el autor se obligue a renunciar a su inspiración y capacidad creativa. Distinto es el supuesto, por tanto, del autor que lleva a cabo una determinada obra por encargo y firma en el propio contrato de encargo de obra o en un anexo a éste su compromiso de no crear una obra idéntica o equivalente por encargo de o para ser cedida a sujetos competidores de la persona que encargó este primer trabajo. Por ejemplo, es lícito el contrato de encargo de obra por el cual la determinada cadena española de hoteles encarga a Antonio López la realización de cinco esculturas de personas desnudas para ubicarlas en la recepción de sus hoteles en Madrid, conteniéndose como cláusula el compromiso del autor de no aceptar encargos de otras cadenas hoteleras para la realización de esculturas de cuerpos desnudos con el fin de ser instalados en las entradas de sus hoteles en territorio español.

También debido a la especialidad del objeto contractual, el legislador español ha regulado una regla muy estricta de interpretación de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual. El art. 43.1 LPI establece que la cesión ha de quedar limitada «*al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen*». Las consecuencias de la falta de mención de todas estas exigencias se regulan en el segundo apartado de esta disposición, según el cual «*La falta de mención del*

tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realiza la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo». Esta disposición es especialmente importante en el ámbito del *merchandising* habitual con utilización de reproducciones de obras plásticas protegidas por el derecho de autor. Las condiciones de utilización permitidas al cesionario -tamaños, formas, texturas de la reproducción- hacen que todo lo no cedido expresamente quede en manos del autor y, por tanto, éste sea libre para ceder el derecho de explotación a cualquier otro tercero distinto del primer cesionario. Por ejemplo, el contrato para reproducción de cuadro mediante la técnica de la fotografía en formato postal permite el posterior pacto para la reproducción fotográfica en tamaño póster.

Con independencia de lo que se hubiese cedido o no en contrato, la LPI establece que el autor siempre conserva su derecho inalienable de colección de su obra. *«La cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa»*, dice el art. 22 LPI. Este derecho general de colección es un rasgo propio del ordenamiento español -también del sistema portugués-, pues lo que es más común a nivel internacional es la limitación de este derecho de colección solamente a las obras pronunciadas en público, discursos políticos, pronunciamientos en debates judiciales, etc., pero no así al resto de obras. El ejercicio del derecho de colección está sujeto, como pasa con cualquier derecho, a las exigencias de la buena fe previstas en el art. 7 del Código Civil, lo que significa que se entenderá que el autor actuó de mala fe si poco antes de decidir ejercitar su facultad de colección con la edición de un libro que recopila fotografías de sus creaciones plásticas ha firmado un contrato de cesión a favor de un tercero del derecho de reproducción fotográfica de la práctica totalidad de su obra. La buena o mala fe se medirá, por tanto, en la aptitud de la forma elegida por el autor para la colección de sus obras para afectar de manera directa a los intereses comerciales del cesionario, esto es, para hacer bajar la demanda del producto para el que este último sujeto solicitó la licencia del autor, por ser ambos productos -la colección licenciada por el autor a un tercero y la colección realizada por el autor en ejercicio del art. 22 LPI- bienes sustitutivos en el comercio para los potenciales consumidores.

Pues bien, estos derechos patrimoniales no son en modo alguno derechos absolutos. El legislador español, como la mayoría de sus homólogos europeos, ha regulado una serie de límites o excepciones a los derechos patrimoniales del autor, esto es, una serie de supuestos en los que el uso de la obra estará permitido para el sujeto que cumpla con las condiciones exigidas por la norma que regula ese límite, sin necesidad de contar con la autorización del autor. Hablamos, entre otros, de la copia privada, de los usos para fines de seguridad o de procedimientos oficiales, de los límites a favor de personas con discapacidad, la cita y la ilustración para la enseñanza, etc. (arts. 31-40 bis LPI).

Para finalizar la reflexión sobre los derechos patrimoniales debemos hacer mención de la duración de estos derechos, que abarca toda la vida del autor -con independencia de lo prolongada o fugaz que ésta fuera- y 70 años tras el fallecimiento de éste. La armonización europea de la duración data de 1993, de la citada Directiva 93/98/CEE. Con anterioridad a esta fecha, había muchos países europeos que seguían la regla del art. 7.1 del Convenio de Berna, esto es, vida del autor más 50 años, mientras que otros, como Alemania, Francia, Bélgica o Austria la habían extendido a la vida del autor más 70 años. España estuvo a la cabeza del grupo europeo, dado que la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 contemplaba un período de duración de vida del autor más 80 años *post mortem auctoris*. En cumplimiento del art. 10.1 de la Directiva, la transposición llevada a cabo por el legislador español no tuvo por efecto reducir el plazo de duración que ya existía en España y que estuviese corriendo con fecha de 1 de julio de 1995. Para estos casos, la disposición transitoria 2ª LPI establece que el plazo *post mortem auctoris* seguirá siendo de 80 años, y no de 70.¹⁶

3. 2. Los derechos morales del autor

Los derechos morales se regulan en el art. 14 LPI y son un total de seis: el derecho de divulgación, el derecho de paternidad, el derecho de integridad, el derecho de modificación, el derecho de retirada del comercio y el derecho de acceso al ejemplar único o raro. Con anterioridad a la aprobación de la LPI de 1987, no existía un reconocimiento normativo expreso del derecho moral en España, salvo algunas manifestaciones puntuales reconocidas en diversas normas (Cámara Águila, 2012; Espín Cánovas, 1991).¹⁷ Ante la proliferación de los pronunciamientos jurisdiccionales en los que se reconoce la protección de obras de muy escasa altura creativa, un

importante sector doctrinal se han pronunciado a favor de reservar la aplicación de algunos derechos morales, principalmente el derecho moral de integridad, a obras en las que sí exista un nivel de creatividad elevado, como reflejo de la personalidad de su autor que después pueda defenderse mediante ese derecho moral (Bercovitz Álvarez, 1991; Lucas y Lucas, 2006,).

No todos los derechos morales están sujetos a las mismas condiciones ni tienen el mismo plazo de duración. Sí que comparten algunas características. En primer lugar, son derechos irrenunciables, luego el autor no puede mediante contrato rehusar de sus prerrogativas morales con carácter general y previo, pues tal cláusula contractual sería nula.¹⁸ Lo que sí se permite es la renuncia a un determinado derecho moral en un caso concreto. Por ejemplo, en el caso de las esculturas de personas desnudas en las recepciones de hoteles, no contradiría esta norma la cláusula contractual que se pactase expresamente entre la cadena hotelera y el autor por la que este último renunciase al ejercicio de su derecho de integridad frente a las modificaciones que puedan resultar de su obra debidas a las necesidades puntuales de espacio en los hoteles, como puede ser la separación de figuras que fueron diseñadas para ser ubicadas una al lado de la otra o el cambio en la dirección en la que se ubica la mirada de la pieza o el epicentro de ésta.

La segunda característica común de todos los derechos morales es su carácter inembargable e inexpropiable. dado el componente personal, ciertamente ligado a la dignidad de la persona y a bienes personales tales como el nombre y el honor, parece difícil que esos acreedores del autor puedan sustituir a éste a la hora de perseguir infracciones que terceros pudieran estar haciendo de los derechos morales del autor, como puede ser un atentado contra la paternidad de una obra. Las infracciones a los derechos morales, por su carácter personal, solamente pueden ser perseguidas por el autor, no de oficio ni por un tercero acreedor del autor. Sin embargo, los frutos o productos derivados del ejercicio de estos derechos morales, es decir, los rendimientos o indemnizaciones conseguidos como consecuencia de la persecución de las infracciones de los derechos cometidas por terceros sí podrán embargarse y expropiarse por las personas que sean acreedores del autor deudor.

La perpetuidad no es un rasgo común de todo derecho moral. Más allá del derecho de paternidad y para el derecho de integridad, que sí son perpetuos, el resto de derechos morales expiran cuando lo hacen los derechos patrimoniales, esto es,

70 años después del fallecimiento del autor (art. 15.1 LPI). Además, el hecho de que esta disposición reconozca la posibilidad de ejercitar estos dos derechos sin límite de tiempo al autor, a la persona que éste le hubiera confiado dicho ejercicio o a los herederos del autor no implica que cualquier reclamación de infracción de estos derechos deba ser atendida, ni que el plazo transcurrido entre el fallecimiento del autor y la supuesta infracción no sea relevante a la hora de decidir sobre la estimación o no de la reclamación. En efecto, sobre todo en relación con el derecho de integridad, la calificación como deformación, modificación, alteración o atentado de la obra se va diluyendo con el paso del tiempo porque se entiende que cuanto mayor sea el período transcurrido entre la fecha de la creación y la de la supuesta infracción menor será la repercusión que esta última tenga en el conocimiento de la obra por el público o en la creación de un reconocimiento social o artístico de la obra (Cámara Águila, 2007). Además del período transcurrido se tiene en cuenta si la alteración se llevó a cabo sobre el propio soporte originario de la obra o, por el contrario, en un soporte distinto o sin mediar soporte alguno.¹⁹ Así, será más frecuente encontrar pronunciamientos que declaren la infracción del derecho de integridad cuando el supuesto restaurador actuó sobre el soporte originario y único de la pintura o de la escultura, mientras que esta conclusión no puede extenderse por igual a las obras literarias, por ejemplo, a las segundas partes de novelas o de libros escritos sin el consentimiento del autor que pudieran realizarse tergiversando el argumento o su contexto o cambiando el desenlace.

Entre los derechos morales, el derecho de divulgación consiste en la capacidad del autor de decidir si quiere divulgar o no su obra y en qué forma quiere hacerlo, así como de determinar si dicha divulgación se hará con su nombre real, bajo seudónimo o anónimamente. Este derecho, en su vertiente negativa, protege al autor frente a divulgaciones no consentidas.²⁰ El derecho de inédito implica que el autor no está obligado a divulgar su obra, pero, en este caso, el derecho de autor nacido desde el momento de la creación no tendrá mayor sentido que la satisfacción personal del autor, pues no habrá una explotación, onerosa o no, en la que se puedan ejercitar los derechos patrimoniales ni un conocimiento por el público en el que pueda hacer valer el ejercicio de derechos tanto morales como patrimoniales.

En defensa de intereses supraindividuales, el art. 40 LPI establece la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales resuelvan sobre la divulgación de obras a petición de parte, no de oficio. El supuesto de hecho es el siguiente: la obra debe

ser inédita en el momento de la muerte o declaración de fallecimiento del autor y los derechohabientes de ésta deben negarse a su divulgación. Por tanto, esta posibilidad no puede extenderse a aquel otro supuesto en el que el autor sigue vivo y se niega a divulgar su obra. En este caso, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o cualquier persona con interés legítimo puede dirigirse al juez para solicitarle la declaración de ejercicio preceptivo del derecho de divulgación de una obra, que será estimada siempre que el juez competente determine que la falta de divulgación de la obra vulnera el derecho de acceso a la cultura previsto en el art. 44 de la Constitución. Ciertamente, este precepto no podría interpretarse de manera tan amplia que supusiera, en términos prácticos, la negación del derecho de inédito del autor, de manera que se pudiera acudir al juez siempre que, tras el fallecimiento del autor, no se diera a conocer la obra no publicada de éste. Hay que hacer un distinguo entre aquellos supuestos en los que el autor se hubiera opuesto en vida a la divulgación de su obra, la hubiere destruido o no, y aquel caso en el que el autor no se manifestó mientras vivía ni a favor ni en contra de la divulgación. Es en este segundo supuesto donde la determinación de no divulgar tomada por la persona designada para ello por el autor o, a falta de éste, por sus herederos, va a poder corregirse por un juez, tras una ponderación con el interés supraindividual del acceso a la cultura. En definitiva, esta disposición legal significa que la facultad de no divulgar en manos de la persona designada por el autor o de los herederos de ese autor no es absoluta y debe orientarse a la mayor consecución del interés público en el acceso a la cultura, frente a una negativa que no es ejercicio de una voluntad de no divulgar declarada expresamente por el autor (Caramés Puentes, 2007).

El derecho de paternidad implica, en su vertiente positiva, la capacidad de exigir que el nombre del autor o su seudónimo figure en la obra y, en su vertiente negativa, la capacidad de oponerse al incumplimiento de su decisión de conservar al anonimato y la posibilidad de perseguir las apropiaciones de su obra que hubiesen sido llevadas a cabo, en el sentido intelectual, por terceros, así como la mención de un seudónimo distinto al elegido por el autor de la obra. Cuando la obra se divulgue de manera anónima o seudónima, el autor no renuncia al resto de sus derechos, tanto patrimoniales como morales, sino que en el ejercicio de éstos estará representado por la persona natural o jurídica que saque a la a luz la obra, con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad (art. 6.2 LPI). El derecho de paternidad

no es ilimitado, sino que debe ajustarse a los usos del mercado, lo que significa que determinadas formas de explotación implique la ausencia de la referencia al nombre o su colocación en un tamaño reducido.²¹ Se dice que el derecho de paternidad no puede confundirse con un derecho de cita generalizado. En este sentido, hay que distinguir la reproducción o la comunicación de la obra de su descripción. Cuando se emplean partes de la obra resulta necesaria la cita del nombre del autor, pero no así cuando lo que se hace es únicamente describir la obra (Carrasco Perera, 1993).

En el caso del derecho moral de integridad, la deformación, modificación, alteración o atentado no tiene por qué llevarse a cabo mediante un acto físico que tenga influencia en el propio soporte originario de la obra, sino que también es posible la modificación contextual (por ejemplo, la utilización de una composición musical en el ámbito publicitario, en relación con un producto que poco o nada tiene que ver con la canción y su autor o autores) (Castán Pérez-Gómez, 2009; Marín López, 2006). El estudio del derecho de integridad exige un especial detenimiento en el caso de las obras plásticas, en donde el soporte originario de la obra goza de una gran relevancia, puesto que ha tenido un contacto directo con el autor, por un lado, y porque, a diferencia de lo que sucede con las obras literarias, la posesión del soporte implica la capacidad de disfrute constante y excluyente frente a terceros de la obra. La doctrina distingue entonces el *corpus mysticum*, es decir, la concepción de la obra, y el *corpus mechanicum*, que es el soporte material de la obra. Esta distinción es importante porque el propietario del soporte (la pieza de escultura, el lienzo en el que se plasma la pintura, etc.) no pasa a ser el titular del derecho de autor -ni de sus facultades patrimoniales, ni de las potestades morales- por el acto de compraventa del soporte material (art. 56.1 LPI). Una única exclusión un tanto *sui generis* cabe hacer a esta regla: salvo que el autor lo hubiere excluido expresamente en contrato, se entiende cedido al propietario del soporte material de la obra el derecho de exposición pública (art. 56.2 LPI). Con ello, se trata de no limitar la facultad de todo propietario de ubicar el objeto poseído en el lugar donde le plazca, siempre que ello no sea contrario a la moral, las buenas costumbre o a alguna ley o norma existente ni perjudique o reputación profesional del autor.

La mayoría de los litigios llegados a los tribunales versan sobre usos de obras plásticas, tanto escultóricas como arquitectónicas. Son comunes aquellos que tienen que ver con el cambio de ubicación de la obra. En estos casos se debe tener en cuenta que el derecho del autor a la integridad de la obra puede englobar la

potestad de decidir que no se exhiba en una ubicación distinta a aquélla para la que fue creada, pero no es absoluto, esto es, no conlleva en sí mismo un derecho a exigir en todo caso que la obra sea mantenida en el mismo lugar para el que fue creada. El Tribunal Supremo ha entendido que, tratándose de obras plásticas concebidas y ejecutadas por su autor para la colocación del soporte material en un lugar específico -en la jerga, las *site-specific-works*-, la integridad de la obra creada no se vulnera necesariamente cuando se sitúa en otra ubicación.²² Esta vulneración solamente existirá cuando, atendiendo a las circunstancias del caso, la modificación del emplazamiento interfiere de forma significativa en el diálogo a tres bandas entre el autor, la obra y el público, esto es, en los códigos comunicativos del artista mediante su obra y la comunidad, distorsionando los mensajes que transmite y las sensaciones, emociones, pensamientos y reflexiones que despierta la obra en quienes la perciben.²³

En muchos casos, los problemas que surjan entre el propietario del soporte y el titular del derecho de autor serán problemas de propiedad general, más que problemas de explotación de la obra. Habrá modificaciones o alteraciones en la obra que, de no poder realizar el propietario, supondrán vaciar de contenido su titularidad dominical. Hablamos, por ejemplo, de cambios de ubicación de la obra, pero también de algunos supuestos de destrucción cuando ésta venga dictada por las características del soporte físico sobre el que esa obra se exteriorice, como puede ser el caso de una obra adherida a un edificio, sin posibilidad de separación, de manera que la primera sufrirá la suerte del segundo.²⁴

Además, el propietario del soporte físico en el que se materializa la obra plástica tiene derecho al goce pacífico de la obra objeto de su propiedad, así como a la potencial enajenación de ésta al comprador por él determinado, sin necesidad de permiso o autorización del titular del derecho de autor sobre esa obra, salvo que se trate de un bien integrante del Patrimonio Histórico español, en cuyo caso habrán de cumplirse las exigencias adicionales previstas en el art. 38 de la Ley de Patrimonio Histórico Español. El propietario del soporte de la obra únicamente tiene un deber de no hacer, a saber, el deber de no destruir la obra. Sin embargo, el propietario no tiene un deber de hacer, esto es, no está obligado a entregar o restituir la obra luego no tiene una obligación de conservarla con lo que se conoce como la diligencia del buen padre de familia, con los consiguientes gastos de prevención y restauración de la obra. Esto significa que los daños o deterioros producidos por el mero transcurso del tiempo o

por el uso de la cosa conforme a su destino no constituyen una infracción del derecho de integridad.²⁵ Este deber de conservación y prevención solamente existe en dos únicos supuestos: a) cuando obra plástica pertenece a la Administración y b) cuando la obra es un bien que integra el Patrimonio Histórico, en cuyo caso los arts. 36 y 37 de la Ley de Patrimonio Histórico Español establecen la posibilidad de ordenación subsidiaria por la Administración del deber de conservación, así como la posibilidad de interpretar el incumplimiento de las obligaciones de conservación como causa de interés social para la expropiación forzosa del bien por la Administración.

En este punto debemos ligar derecho de integridad y derecho de modificación. El propietario de un determinado soporte material también puede verse afectado por la decisión del autor de modificar. En este sentido, el derecho que prevalece no es el del autor a modificar su obra, sino el interés del propietario a mantener la obra tal y como la adquirió, pues según establece el art. 476 del Código Civil, el tercero -en este caso, el autor- no puede alterar la forma y sustancia de la cosa ajena, aun cuando esa cosa ajena sea su obra. Por tanto, el derecho moral del autor de modificación de su obra no puede ejercitarse frente a quien es titular del soporte sobre el que se materializa su obra. Este tercer derecho moral tiene otro ámbito de aplicación distinto al de autor versus propietario del soporte. En efecto, el derecho moral de modificación solamente se aplica en el contexto del contrato de cesión de derechos patrimoniales de propiedad intelectual, es decir, solamente puede ser ejercitado por el autor frente al sujeto licenciatario de alguno de los derechos patrimoniales de la obra. Este derecho moral busca que la cesión que el autor hubiera hecho de un derecho patrimonial no impida al autor de una obra modificarla para adaptarla a la evolución del pensamiento de su autor o en su nivel de perfeccionamiento.

Debemos distinguir el derecho moral de modificación del derecho moral de retirada del comercio, para cuyo ejercicio el art. 14 LPI exige que se haya producido un cambio en las convicciones intelectuales o morales del autor. En este sentido, el art. 14 solamente establece la obligación del autor de indemnizar al titular de los derechos de explotación en el caso del derecho de retirada del comercio, pero no así para el derecho de modificación. Eso sí, el ejercicio del derecho de modificación se somete a dos límites: por un lado, el respeto de los derechos adquiridos por tercero -cesionario de algún derecho patrimonial sobre la obra- y, por otro lado, las exigencias de protección de los bienes de interés cultural. Respecto del primer límite, la obligación de respeto de los derechos de terceros debe ponderarse en

función de las características de la cesión de derechos patrimoniales realizada, por ejemplo, del carácter exclusivo o no de la cesión, el período de duración de dicha cesión y el momento de ejercicio del derecho moral, etc. Además, hay que tener en cuenta el límite genérico de la buena fe y de la prohibición de abuso de derecho del art. 7 apartados 1 y 2 del Código Civil. Estos límites genéricos impedirían, por ejemplo, realizar un ejercicio abusivo del derecho de modificación con el fin de retrasar la edición de la obra por ningún motivo o para publicar mientras tanto esa misma obra con otra editorial distinta.

Como acabamos de ver, cuando, como consecuencia de un ejercicio de autocrítica, el autor cambia sus convicciones intelectuales o morales puede hacer uso del derecho de retirada. Este derecho de retirada permite, por ejemplo, impedir la tirada y venta de los ejemplares de un libro, pero lo que no se trata de una vía para expropiar el ejemplar único de una obra plástica que ya es propiedad de un tercero. Por tanto, para que se dé el supuesto de hecho que da origen al ejercicio de este derecho moral, debe existir un contrato de cesión de derechos de explotación entre el autor y un tercero cesionario, que se va a ver perjudicado por la decisión del autor, al igual que sucedía con el derecho moral de modificación de la obra. Dada la gravedad de las consecuencias del ejercicio del derecho moral de retirada del comercio, éste se condiciona a la previa indemnización de los daños y perjuicios, como medida de protección de los titulares de derechos de explotación de la obra que sufren la resolución unilateral del contrato o, por lo menos, su modificación. Seguidamente, el art. 14 regula un derecho de arrepentimiento, según el cual, si con posterioridad a la decisión de la retirada del comercio 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.

El último derecho moral que nos queda por ver es el de acceso al ejemplar único o raro. Cuando el ejemplar único o casi-único de una obra haya salido de la esfera de propiedad del autor, este último podrá hacer uso del derecho moral de acceso como medio para poder ejercitar su derecho moral de divulgación o cualquier derecho patrimonial que todavía sea de su titularidad, pero no podrá tratar de justificar con este derecho moral usos de otro tipo. Para hablar de ejemplar único o raro pensamos generalmente en obras plásticas, en las que el *corpus mechanicum* no está en manos del autor, pero también podemos incluir libros cuya edición se hubiese agotado y de los que el autor no conservase el denominado manuscrito -el físico,

de antaño, o el digital, de la actualidad-. Este derecho de acceso tiene también limitaciones. En primer lugar, no permite al autor exigir el desplazamiento de la obra, pues esto supondría un grave atentado a la titularidad dominical del dueño del soporte material de la obra. Con todo, las partes sí podrán pactar que en supuestos de este tipo la obra habrá de trasladarse a un centro específico donde llevar a cabo la reproducción necesaria para el ejercicio de los derechos patrimoniales del autor, por ejemplo. Cuando el autor se hubiese reservado el derecho de exposición pública y éste no pudiera ejercitarse en la ubicación dada por el propietario del soporte, este último sí debe soportar el desplazamiento de la obra. En segundo lugar, el acceso debe realizarse en el tiempo y la forma conveniente a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al propietario del soporte material. Por último, el ejercicio de este derecho está sujeto a la obligación del autor de indemnizar al propietario o poseedor del soporte material de la obra. En este tipo de casos, parece que si dicho propietario no es titular de ningún derecho de explotación, lo único que se le debe indemnizar es el daño emergente, pero no así el lucro cesante, pues el propietario carece de la necesaria autorización del autor para llevar a cabo actos que impliquen una ganancia por la explotación de la obra, que son los únicos que en este caso podrán englobarse en el concepto civil general de lucro cesante.

4. Naturaleza del derecho de autor

Vistas los rasgos que caracterizan o conforman el derecho de autor y que son comunes, en términos generales, a los ordenamientos de los otros veintiséis Estados miembros de la Unión Europea, Estados Unidos y la mayoría de países miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, dependiente de la ONU, debemos ahora focalizar nuestro análisis en la calificación que ha de merecer el derecho de autor. La discusión doctrinal acerca de la ubicación de los derechos de propiedad intelectual dentro del derecho general de propiedad común del art. 33.1 de la Constitución española o bien, por el contrario, dentro del derecho o libertad de producción artística y científica del art. 20.1.b) de la Constitución ha sido acalorada. Como ya señalamos al inicio de este trabajo, la calificación que se defiende en cada caso no es banal. Mientras que el derecho general de propiedad no tiene por qué tener la consideración de derecho fundamental en cada ordenamiento estatal, el derecho de creación artística sí merece, con carácter general, la consideración de

derecho o libertad fundamental en la práctica totalidad de ordenamientos jurídicos nacionales. En algunos casos, como sucede en Portugal, el derecho de autor se reconoce expresamente en la Constitución como derecho fundamental propio o específico (art. 42).²⁶ La subsunción del derecho de autor en un compartimento u otro marcará el peso de éste en los conflictos que puedan plantearse entre el autor y otros sujetos, titulares de derechos fundamentales o no que puedan verse afectados por el derecho del primero.

De la discusión que en su día tuvo lugar en relación con el art. 20.1.b) de la Constitución, podemos inferir que la mayoría parlamentaria quiso mantener este precepto específico, como una norma distinta al artículo regulador del derecho general de propiedad. En efecto, el apartado b) del art. 20.1 de la Constitución protege la libertad de los ciudadanos a desarrollar una actividad creadora, al declarar «Se reconocen y protegen los derechos (...) a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica». Por su parte, el art. 33 de la Constitución únicamente hace alusión a la necesidad de tutelar la propiedad privada, a la limitación de ésta por motivos de interés social y a las exigencias para la lícita expropiación, sin hacer mención alguna de la propiedad intelectual o de la actividad creadora en el más amplio sentido de la palabra (Otero Lastres, 1986, 370-379; Rodríguez Tapia, 1988, 325).

Sin embargo, poco después se tramita por el Grupo Socialista, con mayoría absoluta en Gobierno de la época, el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual como ley ordinaria. De esta iniciativa se infiere el rechazo a que la propiedad intelectual se encuentre protegida por el art. 20.1.b) de la Constitución, pues la subsunción en esta última disposición habría requerido la tramitación de la norma como ley orgánica, tal y como prevé el art. 81.1 de la Constitución. En efecto, esta última norma declara «*Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*», luego únicamente engloba los derechos agrupados en la Sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución, «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», en la que se encuentra el art. 20, pero no así la Sección II, «De los derechos y deberes de los ciudadanos», en la que se ubica el art. 33. Si bien algún autor ha defendido que ambos tipos de derechos, tanto los incluidos en la Sección I como los que se engloban en la Sección II son derechos fundamentales, considero que esta calificación solamente puede hacerse en un sentido amplio (Bercovtiz Rodríguez-Cano, 2007a). En sentido estricto, solamente los derechos regulados en la Sección II y el art. 14 son derechos

fundamentales, pues solamente a éstos les son aplicables los criterios contenidos en el art. 53.2 de la Constitución, que convierten a un derecho común en derecho fundamental, tal y como el propio rótulo del Capítulo IV -«*De las garantías de los derechos y libertades fundamentales*»- indica, a saber, la aplicación de los principios de preferencia y sumariedad en el procedimiento judicial ordinario y la posibilidad de recurrir en amparo.²⁷ El rechazo al reconocimiento formal, mediante la tramitación de ley orgánica, del carácter de derecho fundamental del derecho de autor también puede predicarse del momento actual, pues la norma vigente a día de hoy se trata también de una ley ordinaria, concretamente de un texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Un segundo argumento esgrimido por la doctrina a favor de la subsunción del derecho de autor en el art. 33 de la Constitución española y, con ello, a favor de la consideración como derecho no fundamental, es la reserva que el art. 149.1.9ª de la Constitución hace al Estado a la hora de regular esta materia, que no podrá ser asumida, por tanto, por las Comunidades Autónomas. Se afirma que la preocupación de los constitucionalistas por aclarar que la propiedad intelectual es competencia del Estado no sería necesaria si se hubiese entendido que esta materia quedaba incluida en el art. 20.1.b), pues, en ese caso, solamente cabría la regulación mediante ley orgánica y ésta, por definición, es ley estatal. Sin embargo, de la cita en la lista de competencias estatales no puede inferirse, sin más, la calificación como fundamental o no del derecho, dado que muchos de los contenidos enumerados en esta disposición revierten un carácter revisten un carácter fundamental, como es, entre otros, la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1ª).

Más allá de la decisión sobre el carácter de ley orgánica o no y sobre el carácter estatal o potencialmente autonómico de la competencia normativa, debemos atender a los indicadores internacionales a los que nos obliga a estar el art. 10.2 de la Constitución. Este precepto impone la interpretación de todas sus disposiciones «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Pues bien, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, concretamente, su art. 7.2, reconoce el carácter fundamental de este derecho al afirmar: «toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan

por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Esta afirmación se encuentra, asimismo, en otros tratados internacionales que pueden englobarse en la declaración del art. 10.2 de la Constitución, como es el art. 15.1.c) del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea marca una diferencia con respecto de las normas supranacionales en materia de derechos fundamentales que la precedieron. En la Carta de Derechos Fundamentales se reconocen, por un lado, la libertad de las artes y las ciencias, en el art. 13, que afirma «*Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra*», mientras que, por otro lado, en el art. 17 reconoce el derecho de propiedad, con un apartado primero dedicado a la propiedad en general y un apartado segundo, específico sobre derechos de propiedad intelectual, en el que simplemente se establece «*Se protege la propiedad intelectual*». La Carta de Derechos Fundamentales tiene su origen en el deseo de la Unión Europea de fomentar unos valores comunes, dentro del respeto a la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa (párrafo tercero del preámbulo). Ello significa que son dos los parámetros u objetivos a tener en cuenta: uno, la búsqueda de un criterio común, de la creación de unos valores supranacionales que representen a los pueblos de todos los Estados miembros; y, dos, la supervivencia de las especialidades y diversidades nacionales, que no quedan erradicadas por la existencia de este valor supranacional. De la confluencia de ambos parámetros podemos deducir, en lo que a nosotros nos interesa, que la propiedad intelectual, al igual que la propiedad en general y la libertad artística, tiene un reconocimiento en los 27 ordenamientos nacionales europeos y que se prefirió regularlo con una entidad distinta a la libertad artística y más cercana al poder dominical, al concepto de propiedad, posiblemente por haber pesado más los derechos patrimoniales que los derechos morales o la función social del derecho de autor, que radica en los límites o excepciones al derecho de autor.

Sin embargo, de la subsunción de los derechos de propiedad en el concepto de propiedad en general no podemos sacar conclusiones precipitadas. Las únicas facultades armonizadas a nivel europeo, sobre las que se basa el análisis previo a la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales, son las potestades patrimoniales del autor, pero no así las facultades morales. En efecto, en toda norma europea en materia de propiedad intelectual que pueda afectar mínimamente a la regulación nacional de los derechos morales se advierte que la armonización conseguida con

la primera no podrá entenderse en perjuicio de la normativa estatal concerniente al derecho moral.

Además de tener presente la anterior consideración, en el entendimiento del art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales, sobre el derecho de propiedad, no podemos perder de vista la nota explicativa que acompaña al texto de este precepto, que establece lo siguiente: «Se hace una referencia explícita en el apartado 2 a la protección de la propiedad intelectual, que es uno de los aspectos del derecho de propiedad, debido a su creciente importancia y al derecho comunitario derivado. La propiedad intelectual abarca, además de la propiedad literaria y artística, en especial el derecho de patentes y marcas y los derechos conexos». Esta explicación constituye una pista fundamental a la hora explicar por qué la propiedad intelectual se ubica en el concepto general de propiedad, y no en el de libertad artística. En efecto, los redactores de la Carta de Derechos Fundamentales se basaron en el concepto anglosajón de propiedad intelectual, que abarca tanto los derechos que en el ordenamiento español denominamos propiedad intelectual, esto es, los derechos de autor y los derechos afines, como lo que aquí calificamos como derechos de propiedad industrial, esto es, las patentes, las marcas, los diseños industriales, las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, etc., que en Reino Unido e Irlanda, así como en Estados Unidos y en el resto de sistemas que regularon la materia siguiendo a éstos califican con el término único de *intellectual property rights*. Por ello, la ubicación del derecho de propiedad intelectual en el art. 17 y no en el art. 13 de la Carta de Derechos Fundamentales no nos parece suficiente para impedir englobar en el segundo precepto al derecho de autor.²⁸

Si sostenemos que la creación intelectual es una expresión del pensamiento y, con ello, un rasgo de la dignidad humana, seguramente concluyamos que el derecho de autor es el resultado del ejercicio de la libertad artística, y no del derecho de propiedad. A favor de este argumento pivotan muchas de las consideraciones que hemos señalado a lo largo de este estudio, tales como la imposibilidad de comercializar con los derechos morales del autor o la propia existencia de unos límites o excepciones a los derechos patrimoniales del autor, que nacen de la toma en consideración de una serie de intereses supraindividuales que el legislador entiende que han de prevalecer frente al derecho del autor. Esta conclusión nos parece ciertamente razonable. Las especialidades del derecho de autor, en su doble consideración patrimonial y moral resultan lo suficientemente sustanciales como

para separar este concepto del de propiedad en general. Así entendido, el derecho de autor sería una recompensa personal a quien exterioriza su ingenio de manera original. El hecho de que los derechos patrimoniales del autor sean susceptibles de mercantilización no parece desmentir esta afirmación. Así entendido, el producto del ejercicio de la libertad de cátedra del profesor de universidad o de la libertad de información de quien trabaja para un periódico también es objeto de comercio toda vez que trate de actividad remunerada y no por ello dejan de poder subsumirse en las categorías tradicionales de las libertades fundamentales del art. 20 de la Constitución. En definitiva, la disposición que acabamos de mencionar regula el derecho de toda persona a expresar informaciones, sus opiniones o su creatividad, sin poder ser censurado por ello y con la recompensa de ver el producto de esta acción tutelado frente al uso que puedan hacer los terceros. Así entendida, la libertad de expresión e información sí goza de un matiz de propiedad, como reconocimiento del autor por el público al que se dirige.

5. ¿Naturaleza del resto de derechos de propiedad intelectual distintos del derecho de autor?

Si se trata de extender la conclusión que acabamos de exponer al resto de derechos englobados en el amplio concepto anglosajón de la propiedad intelectual el resultado no podrá ser el mismo que el que expusimos para el derecho de autor. Los redactores de la Carta de Derechos Fundamentales eran conocedores de las diferencias existentes entre los derechos de autor y afines y los derechos de patentes, de marcas, de obtenciones vegetales, etc. Por ello, y ante la dificultad que supondría regular en preceptos distintos derechos que, en el plano nacional, pueden estar contenidos en una misma norma, decidió ubicar todo este conjunto en una única disposición, el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales y ubicarlo en un concepto, el de propiedad, que, ciertamente, sin tomar en consideración la especialidad del derecho moral del autor, está presente en todos y cada uno de los derechos enunciados en la nota explicativa de este art. 17.

Sin embargo, estos otros derechos de propiedad intelectual protegen bienes jurídicos que tienen que ver más con la inversión que con el reflejo de la creatividad del autor. Salvo para un derecho afín muy concreto, el derecho de los artistas, en el

resto de casos el titular del derecho de propiedad intelectual carece de cualquier reconocimiento moral. La conclusión no podía ser otra si tenemos en cuenta que el uso no consentido de una marca, de una patente, de una señal susceptible de radiodifusión, etc. poco o nada tiene que ver con la capacidad de la persona de crear expresiones originales mediante su ingenio. Además, en la práctica totalidad de las ocasiones, el titular de estos otros derechos de propiedad intelectual no será una persona física, sino una persona jurídica, esto es, la empresa que haya tenido la iniciativa y haya empleado los recursos económicos, humanos y técnicos necesarios para la consecución de la patente, para el registro de la marca, para la grabación del fonograma o para la radiodifusión de la señal, entre otros. Siendo esto así, no parece problemática la calificación de estos otros derechos como derechos de propiedad en general.

La excepción, como hemos dicho, es el derecho de los artistas. Para estos últimos el legislador español decidió reconocer no sólo la potestad para comercializar con sus ejecuciones o interpretaciones, sino también el derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus ejecuciones o interpretaciones y a oponerse a la deformación de sus ejecución o interpretación que lesione su prestigio o reputación (art. 113 LPI). Con ello, se creaba un derecho doble moral de paternidad y de integridad del artista, equiparable al del autor. El legislador discrimina así el contenido de los derechos de autor y afines en función del origen del resultado de la actividad humana, como un ejercicio de la libertad creadora de la persona o, por el contrario, como el ejercicio de la actividad comercial o de la inversión. El artista no crea, pero sí interpreta o ejecuta lo creado por otro y muchos autores entienden aquí que el potencial de la interpretación o de la ejecución puede llegar hasta el punto de producir una realidad distinta de la obra programada por el autor (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012). Solamente los productos que sean resultado de la primera libertad -la libertad de creación y producción artística, científica o literaria- serán protegidos en el plano moral. De ahí que la calificación que estos merecen dentro del sistema jurídico tenga que ser, necesariamente, distinta de la que reciben los otros derechos de propiedad intelectual.

En conclusión, podemos afirmar que si solamente dependiera del derecho de autor, seguramente éste estaría citado en los textos constitucionales nacionales e internacionales en la disposición reguladora de la libertad de creación artística, como derecho fundamental del núcleo duro en todo caso. Sin embargo, si hablamos de

derechos de propiedad intelectual la conclusión no podrá ser la misma. Los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso son muy distintos. El juego de la tutela de la originalidad versus protección de la inversión ha de guiar nuestra calificación como derecho fundamental en tanto que producto de la libertad de creación, medido en términos de originalidad, o, por el contrario, como derecho no fundamental, en tanto que objeto de propiedad surgido de la actividad comercial o mercantil basada en la inversión.

Bibliografía

- Abrahamson, Scott (1997): «Seen One, Seen The, All? Making Sense of the Copyright Merger Doctrine», *University of California Law Review*, Núm. 45.
- Bercovitz Álvarez, Germán (1991): «Comentario a la STS de 3 de junio de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 27.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2013): «La Patata», *Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 11.
- (2012): *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch.
 - (2007a): «Comentarios al artículo 1», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos.
 - (2007b): «Comentarios al artículo 10», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos.
 - (2007c): «Comentarios al artículo 128», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos.
 - (1996): «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 41.
- Cámara Águila, Pilar (2012): «El derecho moral del autor», en *Manual de propiedad intelectual*, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, (coord), Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2007): «Comentarios a los artículos 15-16», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.
 - (1998): *El derecho moral del autor*, Granada, Comares.
- Caramés Puentes, Jorge, (2007): «Comentarios al artículo 40», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos.
- Carrasco Perera, Ángel, (1993): «Comentario a la STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 1993. Propiedad intelectual. Derecho moral. Indemnización del daño moral», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 33.
- Castán Pérez-Gómez, Antonio, (2009): *El plagio y otros estudios sobre el derecho de autor*, Zaragoza, Editorial Reus - Fundación AISGE.
- Espín Cánovas, Diego, (1991): *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Civitas.

- López Richart, Julián, (2011): «El delicado equilibrio entre el derecho a la integridad de la obra arquitectónica y las facultades del propietario», *Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 2.
- Lucas, André y Lucas, Henri-Jacques, (2006): *Traité de la propriété littéraire et artistique*, París, Litec.
- Magro Servet, Vicent, (2010): *Tratado práctico de Propiedad Intelectual*, Madrid, El Derecho.
- Marín López, J. J., (2006): «El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra», *Cuadernos Aranzadi Civil*, Aranzadi.
- Martínez Espín, Pascual, (2007): «Comentario al artículo 14», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos.
- (1997): *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos.
- Minero Alejandre, Gemma, (2012): «IT Security Governance Legal Issues», en *IT Security Governance Innovations. Theory and Research*, AA.VV., Hersey (Estados Unidos), IGI Global, Information Science Reference.
- (2011): «Protección jurídica de las bases de datos: Estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión Europea en 2005», *Revista de Propiedad Intelectual*, Núm. 37, Bercal.
- Otero Lastres, José Manuel, (1986): «La protección constitucional del derecho de autor: análisis del art. 20.1.b) de la Constitución española de 1979», *Revista Jurídica Española La Ley*, Núm. 2.
- Peña Y Gonzalo, Lorenzo, (2008): «Propiedad Intelectual privada frente a la investigación como servicio público», *ARBOR*, CSIC, Núm. 730.
- Rodríguez Tapia, José Miguel, (1998): «Siete derechos en busca de autor: la nueva ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987», *Anuario de Derecho Civil*.
- Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julia, (1995): «Título V. De la protección de las meras fotografías», en *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Albaladejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (coords.), tomo V, Volumen 4-B, Madrid, Edersa.

Notas

1. El art. 2 de la Ley de Propiedad Intelectual española declara: «La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley». Denominación que no es novedosa en el ámbito nacional. De la anterior Ley de Propiedad Intelectual de 1879 pasó a la ley actual, de 1987 y al texto refundido de 1996, vigente en la actualidad -al que nos referiremos en adelante como LPI-. El concepto de la propiedad intelectual también se emplea en el Código Civil, cuyos artículos sobre la materia (arts. 428-429) también están vigentes a día de hoy, así como en la Constitución (art. 149.1.19ª). Los preceptos del Código Civil citados permiten aplicar, con carácter supletorio, las reglas comunes del derecho general de propiedad para integrar las posibles lagunas de la legislación específica sobre propiedad intelectual.
2. Acerca de las dos formas de entendimiento de la originalidad como requisito *sine qua non* de la protección por el derecho de autor se pronunció por primera vez el Tribunal Supremo (Sala Primera) en su sentencia de 26 de octubre de 1992.

3. Arts. 4.1 y 6 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad. Para un análisis de las diferencias entre los objetos protegidos por estas dos formas de tutela (derecho de autor y patentes y/o modelos de utilidad), puede verse la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 27 de septiembre de 2012, sentencia núm. 561/2012.
4. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO argumenta, además, que la rapidez con la que los actuales medios de comunicación facilitan el acceso a cualquier obra hace presumir que existe un conocimiento de la obra previa y, con ello, una frecuente copia de la obra anterior, cuya inexistencia habrá de ser probada. En otra de sus obras, este autor afirma: «No parece conveniente limitar el requisito de la originalidad a una novedad subjetiva. La exigencia debe ser de novedad objetiva. La mera novedad subjetiva daría lugar a un sistema de protección de la propiedad intelectual un tanto caótico. Por lo tanto, se propiciaría la confusión y la incertidumbre, puesto que lo importante en cada caso sería probar que, a pesar del parecido o la igualdad con una obra preexistente, no se copió», (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007b, 155).
5. Así se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo (Sala Primera) en la sentencia de 24 de junio de 2004, sentencia núm. 524/2004.
6. Además, en el sector de la informática, los progresos se consiguen muy lentamente, de manera que la aplicación del criterio de la originalidad objetiva abocaría a la falta de protección de muchos de los programas de ordenador que están hoy en el mercado. Sobre la aplicación de la exigencia de originalidad en el software, nos remitimos a nuestro trabajo anterior «IT Security Governance Legal Issues», en *IT Security Governance Innovations. Theory and Research*, AA.VV., IGI Global, Information Science Reference, Hersey (USA), 2012, pp. 47 y ss.
7. Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos y Directiva 2006/112/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada de la antigua Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993).
8. «Las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1 [sobre el derecho de autor]. No es aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías».
9. Además, las facultades del titular de este derecho afín son menores que las del autor, pues puede impedir la reproducción, distribución y comunicación no autorizada, pero no la transformación de la fotografía no original (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007c, 1617-1823; Ruiz-Rico Ruiz-Morón, 1995, 535 y ss).
10. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012, C-604/10, asunto *Football Dataco Ltd. y otros v Yahoo! UK Ltd. y otros*, pár. 38; de 22 de diciembre de 2010, C-393/09, asunto *Bezpečnostní softwarová asociace*, pár. 48 y 50; y de 1 de diciembre de 2011, C-145/10, asunto *Eva-Maria Painer* pár. 89. En concreto, la exigencia de la presencia de una toque personal solamente se contenía en la Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Painer*, pár. 92.
11. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012, asunto *Football Dataco Ltd. y otros v Yahoo! UK Ltd. y otros*, pár. 39; de 22 de diciembre de 2010, C-393/09, asunto *Bezpečnostní softwarová asociace*, pár. 48-49; y de 4 de octubre de 2011, C-403/08 y C-429/08, asunto *Football Association Premier League*, pár. 98. Con ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace suya la denominada *merger doctrine* -también conocida como doctrina de

- la fusión-, empleada principalmente por la doctrina que ha estudiado la protección del *software*, según la cual cuando los diferentes modos de expresar una idea son muy limitados que tienden a converger, idea y expresión se fusionan y, como el derecho de autor no puede proteger las ideas, tampoco cabe que proteja esa expresión (Abrahamson, 1997).
12. Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 24 de junio de 2004, núm. 524/2004, y de 9 de octubre de 2010, núm. 729/2010, que deniegan la protección por el derecho de autor de un sistema de rifa y de un formato televisivo, respectivamente.
 13. El art. 1º LPI comienza advirtiendo: «La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación».
 14. El Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971, se trata del principal tratado internacional en materia de derecho de autor. El art. 5.º 2 de éste, preceptivo para todo país parte del tratado, establece la prohibición de subordinar la protección al cumplimiento de formalidades.
 15. Regla que, posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió extender a las transmisiones de programas de ordenador sin soporte físico añadido, como son las licencias *on-line*, en su sentencia de 3 de julio de 2012, asunto *UsedSoft v. Oracle International*, C-128/11.
 16. De entre los escasos supuestos que podrán englobarse en esta disposición transitoria podemos citar el desafortunado intento de restauración de la pintura del *Ecce Homo* de Borja en verano de 2012. Su autor originario, Elías García Martínez, había fallecido en 1934, lo que significa que sus herederos o las personas que a estos efectos el difunto hubiera designado expresamente en su testamento, podrán defenderse de las potenciales infracciones a los derechos patrimoniales del autor sobre su obra hasta 2014. Más allá de esta fecha solamente les quedará acudir, en su caso, a los derechos morales del autor, concretamente, al derecho de integridad que seguidamente analizaremos.
 17. A pesar de que España había ratificado el Convenio de Berna, en cuyo art. 6. bis 1 se preveía la regulación de un derecho moral de paternidad y de un derecho moral de integridad, el Tribunal Supremo interpretó este tratado internacional en un sentido meramente programático, declarando que en el ordenamiento español no se reconocerían derechos morales al autor hasta que no se desarrollara mediante norma estatal esta disposición internacional (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 21 de junio de 1965 (RJ 1965/3670).
 18. La nulidad puede declararse de oficio por el juez que conozca del litigio dado que el propio texto del art. 14 LPI reconoce este carácter irrenunciable e inalienable de los derechos morales (Martínez Espín, 2007, 210-211).
 19. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 28 de enero de 2000
 20. La discusión surge entonces en torno a la verdadera extensión del consentimiento dado con la divulgación y el posible agotamiento de este derecho moral con una primera divulgación. En este sentido entendemos que las modalidades de divulgación son independientes entre sí, de forma que la divulgación en una determinada forma no equivale a la divulgación para otra modalidad distinta, pues esta última necesitará del consentimiento del autor para entender que no se produce una infracción del derecho moral de éste a la divulgación de su obra (Marín López, 2006).
 21. El Tribunal Supremo entiende que no existirá infracción del derecho moral de paternidad si e demuestra la imposibilidad técnica de hacer constar el nombre o firma del autor o si el autor es lo suficientemente famoso como para que no necesite presentación (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998).
 22. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de enero de 2013, sentencia núm. 458/2012.

- 23.** La existencia o no de una efectiva afectación a los legítimos intereses o a la reputación del autor dependerá de la nueva ubicación que se dé a la obra, que, en la mayoría de los asuntos llegados a los tribunales, aún no se conocía, pues la interposición de la demanda y la apertura del proceso judicial da lugar a la paralización de la decisión del Ayuntamiento en cuestión de mover la obra. Eso sí, en todas las sentencias dictadas hasta la fecha en asuntos de este tipo se llama la atención sobre la posibilidad de solicitar la responsabilidad civil contractual, cuando en el contrato firmado entre el autor y el consistorio se hubiese pactado expresamente el lugar concreto en el que se ubicaría la obra, de manera que el autor podría invocar la ley del contrato. Sentencia del Tribunal Supremo, Slaa1ª, de 18 de enero de 2013, citada, y las anteriores sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 28 de julio de 2009 (AC 2009, 1949) y del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya, núm. 1, de 21 de mayo de 2008, en el litigio que enfrentó al famoso escultor Andrés Nagel y el Ayuntamiento de Amorebieta por el cambio de ubicación de una obra del primero -una escultura de gran tamaño, conocida como *La Patata*-, la falta de conocimiento sobre el concreto lugar que serviría de nuevo emplazamiento de la obra hizo que los órganos jurisdiccionales no pudieran pronunciarse sobre la potencial infracción del derecho moral de integridad (Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2013; López Richart, Julián, 2011).
- 24.** Entre los criterios que han de tomarse en consideración a la hora de dirimir el conflicto de intereses entre el autor y el propietario de la obra podemos citar las dimensiones de la obra, su naturaleza, el lugar de ubicación, la condición de los propietarios como personas públicas o privadas y la concurrencia de alguna causa de exoneración, como es el caso fortuito o la fuerza mayor, que pudiesen determinar el carácter indispensable de la actuación del propietario (Cámara Águila, 1998, 294; Martínez Espín, 1997).
- 25.** Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 19424). (Martínez Espín, 2007, 226).
- 26.** Bajo el rótulo «De la libertad de creación cultural», este precepto declara «1. Es libre la creación intelectual, artística y científica. 2. Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de la obra científica, literaria o artística, incluyendo la protección legal de los derechos de autor».
- 27.** En parte, la literalidad de la Constitución es ambigua y confusa en este sentido. En efecto, el Título I, en el que se engloban las normas a las que hacemos referencia, se denomina «De los derechos y deberes fundamentales». En relación con los derechos contenidos en la Sección II podrá hablarse, en su caso, de derechos fundamentales del núcleo blando, que se regulan por ley ordinaria y no pueden acceder al amparo, entre los que podemos citar al derecho de propiedad.
- 28.** Y, a contrario, por ello nos parece que el resto de derechos de propiedad intelectual distintos del derecho de autor no tienen por qué compartir con éste la calificación como derecho fundamental y su ubicación en el sistema creado por el constituyente.