

**EL DERECHO DE AUTOR
Y SUS MODALIDADES DE EJERCICIO
EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA
DE PROPIEDAD INTELECTUAL
ESTUDIO DE LOS ARTS. 17 A 21
DE LA L.P.I. DE 1987**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR
JUANA MARCO MOLINA**

**BAJO LA DIRECCION DEL
PROF. DR. FERRAN BADOSA COLL**

**Universidad de Barcelona
Facultad de Derecho
Junio 1992**

3. Otros títulos originarios de la propiedad literaria

La definición del derecho de propiedad literaria se presenta en la Ley inserta en un Título que lleva por rúbrica "De los derechos de los autores", pero, de forma solapada, existe en la Ley la posibilidad de adquirir el derecho a la reproducción exclusiva de una obra sin ser autor y sin mediación del autor, es decir, hay títulos adquisitivos originarios del derecho de propiedad literaria distintos de la autoría material o "composición" de la obra;¹⁰⁰ en concreto, los de los arts. 5 y 6.

Para esos otros títulos adquisitivos, juega también el papel de detonante de la adquisición del derecho la primera impresión de la obra (cualificada en la forma antes expuesta)¹⁰¹; a ella suma la Ley en estos casos otros fundamentos.

¹⁰⁰ Se podría ver en ello asimismo un resabio de la etapa de los privilegios: "Para el sistema de privilegios autor es no sólo el compositor de un manuscrito original, sino también el que ha realizado un trabajo filológico par adaptar, reelaborar y preparar a la publicidad la obra clásica que va a publicarse, es decir, el editor-humanista; y también el poseedor, descubridor o adquirente del manuscrito original clásico no publicado aún." (así BAYLOS CORROZA, op. cit., pág. 135).

¹⁰¹ Tradicionalmente, la carga del depósito de la obra, impresa o reimpressa, en la Real Biblioteca se había impuesto, tanto a "los mismos autores", como a los "sugetos que hubieren hecho, costeadado o corrido con las primeras <impresión o reimpresión>; todos los quales, y qualesquiera otros que sean dueños de la impresión o reimpresión, ó la costeen, ó corran con ella, han de tener la expresada obligación." (Ley XXXVIII, Tít. XVI y Ley II. Tít. XIX Nov. Rec.).

3.1. La financiación de la publicación: la publicación "a costa del Erario" (art. 5.1º.)

El acceso al derecho de propiedad literaria por esta vía está al alcance de un único sujeto, el Estado. Podría pensarse que dicho derecho se articula pensando en obras determinadas, como las consideradas de "utilidad pública" (arg. ex arts. 5, último párrafo; 11,2 y 15,2) o las que estén en el dominio público (art. 27). Pero, en la norma que se ocupa de este derecho del Estado no se hace dicha precisión, por lo que el Estado pudiera, en principio, proyectar su derecho sobre cualquier obra. Aun así, la contraposición entre este apartado 1º. del art. 5º. y el último párrafo de ese mismo precepto pone de relieve que el Estado no adquiere la propiedad literaria sobre una obra en el ejercicio de su potestad soberana - en el último párrafo, sí hay potestad soberana y no propiedad literaria;¹⁶² el

¹⁶² Precisamente por ello el último párrafo del art. 5 fue objeto de una larga - la más larga - y enconada discusión en el Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones del Congreso de 1847, nº. 77, de 17 de abril). "¿Por qué esta diferencia del Gobierno á los particulares?", se dijo. Se acusó también a la Comisión dictaminadora del Proyecto de introducir cuestiones de "regalía" en la Ley de propiedad literaria. En efecto, la exclusividad que se reservaba el Gobierno en cuanto a la impresión de libros de rezo arranca de un privilegio concedido por la Santa Sede a la Corona española en tiempos de Felipe II. CARLOS III asignó el ejercicio de dicha prerrogativa a la "Compañía de impresores y libreros de Madrid" (Ley I, Tít. XVII, Libro 8º. Nov. Rec.). Y ése era, al parecer, el estado de cosas todavía vigente al discutirse la Ley de 1847 (vid. la discusión parlamentaria, Diario y nº. citados).

Vid. también el art. 33 del Reglamento de Imprentas de 1834. En cuanto a los almanaques, CARLOS IV había confiado privilegio exclusivo para su impresión y venta al Real Observatorio astronómico de Madrid (Ley II, Tít. XVII, Libro 8º. Nov. Rec.), sujeción que reproduce ese último párrafo del art. 5º. de la Ley de 1847, pero que fue levantada más

derecho del Estado es entonces indefinido¹⁶³ - , sino actuando, con arreglo al Derecho privado, puesto que su derecho se encuentra , al igual que el de los particulares, sometido a la carga de publicación efectiva de la obra (art. 5,1º: "respecto de las obras que publique...")¹⁶⁴ y a un tiempo limitado de duración (art. 5,1º: "durante 50 años"), por lo que tampoco hay que pensar que quede a discrecionalidad suya hacerse con la propiedad de cualquier obra.¹⁶⁵

3.2. La divulgación de "obras inéditas" por corporaciones y por particulares (art. 5,2º.; art. 6º.)

tarde por Ley de 5 de diciembre de 1856, declarando libre la confección e impresión de los calendarios.

¹⁶³ Aun cabría considerar como tercer aspecto - junto al de la reserva del Estado en el ejercicio de su potestad soberana (art. 5,2º., 2) y el de la adquisición de la propiedad literaria por el mismo (art. 5,1º.) - el del art. 12, que al prohibir la impresión o reproducción íntegra de las disposiciones legales sin permiso del Gobierno, por razones de orden público, está excluyendo como posible objeto de derecho subjetivo a dichas disposiciones: "... pues las resoluciones soberanas...no son de la propiedad del Gobierno, ni de los particulares..." (así GUTIERREZ, op. cit., pág. 486).

¹⁶⁴ Comentando una disposición equivalente a este art. 5,1º. que aquí se analiza - "Décret 20 février 1809 concernant les manuscrits des bibliothèques et autres établissements publics" -, señala RENOARD (op. cit., tomo II, pág. 299): "...l'état ne pourrait acquérir le privilège sur l'oeuvre posthume, qu' à la charge d'en faire faire une publication suivant les conditcns légales."

¹⁶⁵ Según da a entender el marqués de VALLGORNERA, de la Comisión dictaminadora del Senado, esas obras por la financiación de cuya publicación adquiere derecho el Estado podrían ser p.ej. las "obras que no tienen un padre conocido..." (vid. discusión del art. 5 en el Senado. Diario de Sesiones del Senado de 1847, nº. 24, de 11 de marzo).

Por este concepto, tienen atribuido el derecho a la impresión en exclusiva las corporaciones de carácter cultural¹⁶⁶ (art. 5,2º: "corporación científica, literaria ó artística") y los particulares (art. 6: "los que den a luz..."). En ambos casos, se premia la puesta a disposición del público de obras a las que no hubiera tenido acceso sin la intervención de dichos sujetos.

Sin embargo, el derecho se atribuye a la corporación por el doble de tiempo que a los particulares. Ello sólo se justifica, presumiendo que, en el primer caso, se retribuye, no el mero hecho de la publicación, sino la labor de estudio e investigación, realizada en el seno de la corporación, que ha precedido a la misma¹⁶⁷; en el caso del art. 6º., podría,

¹⁶⁶ Con base en el Derecho histórico español, puede afirmarse que no toda corporación estaría legitimada para adquirir derechos de propiedad literaria, sino sólo aquellas que persiguiesen las finalidades tasadas en el art. 5,2º. de la Ley de 1847. Por Real orden de 22 de marzo de 1763 (Ley XXIV, Tít. XVI, Libro VIII Nov. Rec.), había decretado CARLOS III la exclusión de las Comunidades o Manos muertas de los privilegios de impresión. Más adelante (R.o. de 14 de Junio y Cédula del Consejo de 9 de Julio de 1778, que es la Ley XXVI del Tít. y Libro citados), dispuso el mismo monarca "no deberse reputar por Comunidades, ni comprehenderse en la regla general que prohíbe obtener privilegios a las que lo son,... mi Real Biblioteca... y á las Universidades, Academias y Sociedades como establecimientos dependientes de mi Corona, fundados y mantenidos algunos á costa de mi Real Erario... el fin principal de sus propios institutos, que se dirigen a facilitar el estudio y la propagación de las Ciencias, la Literatura y las Artes...".

¹⁶⁷ Se reputaba la labor de la corporación de la misma categoría que la del propio autor "porque en este caso hacen veces del autor o autores,... y exigen del olvido obras...muchas de las cuales quedaron sin que sus autores pudiesen publicarlas por falta de medios o de proporción" (Ley XXVI, Tít. XVI, Libro 8º. Nov. Rec.).

en cambio, estarse dando incluso acogida al sujeto, que, de manera puramente fortuita, ha descubierto la obra.

El derecho de estos sujetos no puede pasar por encima del del propio autor que no quiere publicar su obra (el art. 1º. de la Ley exige la autorización del autor para reproducirla); ello constituiría un "despojo" y la propia Ley habla de "legítimos poseedores" (art. 6). Las obras sobre las que se proyecte el derecho de esos sujetos sólo podrían ser aquéllas cuyo autor no conste (arg. ex art. 14), o bien, siendo éstas de autor conocido, haya éste fallecido y no conste entonces el propietario de las mismas (id. ex art. 14).¹⁶⁸

Y, en cambio, tratándose de particulares, siempre se marcaron distancias entre la labor de divulgación y la de creación propiamente dicha de la obra. Así, el art. 2º. de la Ley Calatrava de 1823, que constituye precedente directo del art. 6 de la Ley de 1847: "Igual derecho tienen los que dan à luz por primera vez algún código, manuscrito, mapa, dibujo, muestra de letras ó composición música que exista en alguna biblioteca pública, o posean ellos sin ser producción suya." (aunque en dicha Ley no redundó ello en plazos distintos de goce del derecho).

También en el debate parlamentario de la Ley de 1847 se trajo a colación esa distinta calidad de los títulos: "...y en esto convendrá conmigo el Sr. Ondovilla, que los códigos que existen en las bibliotecas, cuya publicación no exige un trabajo mental, sino cierta costumbre de escribir y de conocer la paleografía...al paso que se concede la de cincuenta á los autores de las obras originales y de traducciones importantes, porque esto supone más ingenio, más trabajo y más gastos." (marqués de VALLGORNERA, Diario de Sesiones del Senado de 1847, n.º. 24, de 11 de marzo).

¹⁶⁸ Cuando se trata de obra inédita, hay que entender que la no constancia del "dueño" de la obra (arg. ex art. 14) se refiere al propietario ordinario del bien "obra" y no al titular de un derecho de propiedad literaria, y hay que hacer asimismo abstracción de la referencia de ese precepto a la extinción del plazo del derecho sobre la obra. No cabe hablar en ese sentido de "dominio público", porque, ciñéndonos a la Ley de 1847, la obra inédita no es objeto de un derecho de propiedad literaria, dado que éste surge sólo

La existencia de un autor es incompatible con estos supuestos de los arts. 5,2º. y 6.¹⁶⁹ Por ello, hay que entender que el art. 9º, relativo a los derechos atribuidos a "los editores de las obras anónimas ó seudónimas...", es ajeno al punto que ahora se aborda de la atribución del derecho como premio a la divulgación de obras inéditas.

El "editor" del art. 9º. no es titular de un derecho autónomo de propiedad literaria, sino un causahabiente encubierto, un titular aparente, frente a terceros; - de la misma manera, la obra mencionada en el art. 9º. es la obra falsamente anónima (de ahí que se la equipare a la "obra seudónima"); la obra verdaderamente anónima es la del art. 14 -. De ahí, que el art. 9, final establezca que, cuando el autor - o el causahabiente incompatible o de título más vigoroso - se dé a conocer, gozará del derecho "por el tiempo que falte", es decir, suma a su propio ejercicio el tiempo que dicho "editor" ha estado ejerciendo por él su derecho. En cambio, en los supuestos de los arts. 5,2º. y 6, en que el sujeto que publica es titular autónomo, si, realmente, llega a aparecer un autor o sujeto que invoque el

a partir de la reproducción o impresión de la obra. De manera que aquélla, mientras no se publique, continuaba sometida indefinidamente a la propiedad ordinaria del autor o su causahabiente.

¹⁶⁹ Lo confirman los precedentes históricos: la Real orden de 14 de Junio de 1778, dada por CARLOS III, (es la Ley XXVI, Tít. XVI, Libro 8º. Nov. Rec.), al atribuir privilegio de impresión a las corporaciones por este concepto, se refiere a "las obras de autores ya difuntos o extraños".

derecho de éste (p.ej un heredero del autor), habrá de esperar a que se agote el plazo por el que a dichos adquirentes a título originario se les otorga el derecho.

Tanto en el supuesto de la financiación como en el de la divulgación no es el texto legal lo suficientemente explícito en cuanto a si estos sujetos - Estado, corporaciones y particulares - adquieren la exclusiva de la reproducción de la obra editada o, simplemente, la de la edición por ellos realizada. Es cierto que, en el caso del Estado y las corporaciones, dice el art. 5 "sobre las obras que publique(n)" - no se dice nada parecido en cuanto a los particulares -. Pero, por otro lado está el dato de que, para las traducciones (art. 4,2º.,1) y para las "adiciones" o compendios de obras ajenas (arts. 10,2 y 11,2) el derecho nace sólo sobre el propio trabajo.

Las dificultades con que nos encontramos reconstruyendo "a posteriori" la dinámica de estos supuestos nos inducen a acogernos a este respecto al dato más seguro, que es el de los precedentes históricos, en concreto el art. 32 del Reglamento de Imprentas de 1834, que abona la interpretación de que por esta vía podían, tanto las corporaciones como los particulares, llegar a adquirir derecho de exclusiva sobre la obra en sí y no sólo sobre la edición realizada.¹⁷⁰

¹⁷⁰ La Ley XXVI del Tít. XVI, Libro 8º. Nov. Rec. había atribuido, en los mismos casos, únicamente derecho sobre la propia edición. No obstante, el citado art. 32 del Reglamento de Imprentas, precedente mucho más cercano de la Ley de 1847 establecía: "Serán considerados como propietarios los cuerpos, comunidades ó particulares que impriman documentos inéditos, y nadie podrá reimprimirlos por espacio

3.3. Atribución de derecho sobre el resultado del trabajo dependiente, colectivo o de carácter individual secundario

El art. 5,2º. atribuye también el derecho a las corporaciones por otro concepto: sobre las "obras compuestas de su orden". Puede decirse que este título adquisitivo se distingue de los dos anteriores en que, en aquellos supuestos, el derecho se había adquirido sin el autor, pero, al menos en potencia, el derecho era del autor; éste hubiese podido adquirirlo, si hubiese procedido a la reproducción de su obra o hubiese autorizado a otro sujeto a llevarla a cabo (art. 1º.). Mientras que aquí la corporación adquiere el derecho de propiedad literaria excluyendo al autor, o autores, o, cuando menos, pasando por encima de ellos.

La lacónica fórmula "compuestas de su orden" utilizada por el art. 5,2º. suscita el análisis de dos cuestiones de cierta complejidad.

Por una parte, el precepto, que constituye la única sede en la Ley, si bien indirecta y marginal, de la actividad simultánea y plural de creación de una obra por distintos individuos, sólo sirve para negar a la creación colectiva su virtualidad como título adquisitivo del derecho de propiedad literaria, pues el derecho queda entonces atribuido, no a la pluralidad de autores, sino a un sujeto único, que es la

de 15 años sin el consentimiento de los que por primera vez los publicaron."

corporación. Hay que entender, pues, que, en estos casos, la Ley identifica al sujeto antes por su pertenencia a un colectivo que por su carácter individual de compositor de la obra.

Por otra parte, el art. 5, n.º 2 se está refiriendo también al encargo de obra. El encargo, como título adquisitivo originario del derecho exclusivo a la reproducción de la obra, no se regula en la Ley con carácter general,¹⁷¹ sino sólo con relación a las corporaciones. Se plantea entonces la duda de si son éstas las únicas legitimadas por dicho título. Lo que es seguro es que el legislador parte de la base de que el encargo por corporación constituye el supuesto más habitual de encargo, por imposición de la propia naturaleza de dichos sujetos de Derecho: "...y aquéllas <obras> que hacen las corporaciones, que suelen por lo general encargarlas a otros."¹⁷²

¹⁷¹ El Código civil prusiano sí se había referido, en cambio, al encargo de una obra como título adquisitivo originario del derecho sobre la obra. En concreto, su §1021 representa una excepción al precepto (§998 ALR) que, con carácter previo, dispone que, por regla general, sólo a través de un contrato con el autor adquiere el editor derecho sobre la obra. Frente a ello, dispone el citado §1021 ALR: "Vorbestehende Einschränkungen des Verlagsrechts zum besten des Schriftstellers fallen weg, wenn der Buchhändler die Ausarbeitung eines Werks, nach einer von ihm gefaßten Idee, dem Schriftsteller zuerst übertragen, und dieser die Ausführung ohne besonderen schriftlichen Vorbehalt übernommen <hat>; oder wenn der Buchhändler mehrere Verfasser, zur Ausführung einer solchen Idee, als Mitarbeiter angestellt hat."

¹⁷² Intervención del marqués de VALLGORNERA, Diario de Sesiones del Senado de 1847, n.º 24, de 11 de marzo.

No obstante, en otro momento del debate parlamentario, se trajo a colación la cuestión del encargo de una obra por particular: "...El abogado que forma un escrito y lo entrega a su cliente, recibiendo su honorario, no está enteramente en el mismo caso que los demás escritores que publican sus trabajos por medio de la imprenta...y si alguno puede llamarse propietario del alegato será el litigante, el que lo pagó, y el que podrá a su tiempo imprimirlo sin permiso del autor,...".¹⁷³

La cuestión quedó así planteada y sin resolver en el texto legal. Aun así, la jurisprudencia se pronunció sin vacilaciones al respecto: el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala 2ª., de 12 de noviembre de 1872, dirimió el conflicto entre el autor y el comitente de la obra en el siguiente sentido: "Considerando que si bien corresponde el derecho de propiedad a los pintores y escultores respecto á la reproducción de sus obras por el grabado ú otro medio, lo mismo que a los autores y traductores de las literarias en conformidad al número 5º. del art. 3º. de la ley de 10 de Junio de 1847, observándose las formalidades prescritas en la misma, no sucede lo mismo cuando se trata de las en que se haya levantado plano y dirigido por encargo de una o más

¹⁷³ Intervención del senador TARANCON en la discusión del art. 4º. (Diario de Sesiones del Senado de 1847, nº. 24, de 11 de marzo).

personas, quedando a la libre disposición de las mismas como cosa propia".¹⁷⁴

* * *

La contemplación en la Ley de 1847 de esos otros fundamentos adquisitivos de la "propiedad literaria", distintos de la autoría o "composición" de la obra, nos lleva a la conclusión de que no llegó a cumplir dicho texto sus propósitos en cuanto a la protección del autor.

De guiarnos por el Discurso de presentación de la Ley, es autor y se encuentra establecido el derecho en favor del sujeto que "ha creado <una obra> a fuerza de estudios, gastos, desvelos..." . Pero, a la vista de esos otros títulos de adquisición del derecho con carácter originario, hay que constatar que esas elevadas consideraciones se quedan en un puro homenaje, pues la regulación no se vertebra en torno a la figura del autor, sino del titular del derecho sobre la obra (art. 27: "Los beneficios de esta Ley comprenderán a todos los propietarios de obras..."; art. 19,2º.: "autor ó dueño"; art. 25: "autor o propietario"; art. 26: "autores o legítimos dueños") y a titular del derecho se puede llegar por vías distintas de la autoría o composición de la obra.

¹⁷⁴ El litigio en cuestión se suscitó por haber autorizado el propietario-comitente a terceras personas la reproducción, mediante el dibujo y la litografía, de la obra - un catafalco - sin intervención del autor (diseñador y ejecutor) de la misma.

4. Los títulos de carácter derivativo

Además de no ser la única vía de acceso al derecho, el título del autor tampoco es de calidad superior a los demás. De modo muy expresivo, se refiere el art. 19,1 de la Ley al "autor ó el que le haya subrogado en el derecho de publicar". En efecto, la Ley de 1847 opera la plena sustitución entre el autor y su adquirente "inter vivos" (arts. 7; 28) o "mortis causa" (arts. 2; 4), es decir, aquéllos sujetos que han adquirido del autor derecho sobre la obra por los mismos medios, actos o contratos por que se transmiten los demás derechos (art. 7).

El derecho atribuido por la Ley era igual en contenido para el autor y para el "comprador de propiedad literaria" (art. 28): la reproducción o impresión de la obra la lleva a cabo el autor u otro, a quien el autor autorizó (art. 10. de la Ley).

Por mucho que se declaren "los frutos de su entendimiento como una emanación de sí mismo, una parte de su propio ser",¹⁷⁵ el autor no es, en definitiva, para la Ley de 1847 más que el primer sujeto que pone en circulación una determinada mercancía,¹⁷⁶ pero, una vez se encuentra ésta en

¹⁷⁵ Discurso de presentación del Proyecto de Ley en el Senado (vid. Diario citado).

¹⁷⁶ Debate sobre la totalidad del Proyecto en el Senado. Intervención del Ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas en la sesión de 11 de marzo de 1847 (Diario de Sesiones del Senado no. 24): "Esta obra es como una planta...es tal el beneficio que dispensa el primero que pone la planta..."

el tráfico, no se le reconoce ningún tipo de derecho eminente ni se articula ningún mecanismo que permita la subsistencia del vínculo del autor con su obra.¹⁷⁷

La Ley de "propiedad literaria" de 1847 parece situar al autor en la tesitura de llevar a cabo por sí mismo la

Discusión del art. 3 de la Ley en el Congreso. Intervención del diputado Ponzos en la sesión de 17 de abril de 1847: "...desde el momento en que lo publica por medio de la imprenta, ha perdido todos los medios de propiedad, porque se pone en circulación una cantidad de mercadería..." (Diario de Sesiones del Congreso de 1847, no. 77).

VICENTE Y CARAVANTES, José, «Exposición y examen de nuestras leyes y tratados sobre la propiedad literaria», *R.G.L.J.*, tomo 50, pág. 162: "...Pero cuando se trata del valor venal y de la venta de una obra intelectual, debe hacerse abstracción de la idea de paternidad y considerar la obra tan solo como una propiedad que hay que explotar..."

¹⁷⁷ En cambio, ya en la doctrina francesa de la época se habían dejado sentir algunas voces aisladas a favor del reconocimiento del derecho eminente que corresponde al autor sobre su obra, incluso después de haberla enajenado (o, mejor, después de haber enajenado el manuscrito que la representa). Así suele considerarse a PARDESSUS precursor del reconocimiento, ya en esta etapa del pensamiento jurídico, del vínculo personal que existe entre el autor y su obra: "Son ouvrage est tant qu'il vit, une portion de lui même, sur laquelle rien ne peut lui ôter le droit absolu de disposition...La vente d'un droit de copie, sans aucune réserve, n'a pas les mêmes effets que celle des propriétés ordinaires. Elle ne donne pas à l'acheteur le droit de disposer du manuscrit de la manière la plus absolue...il <l'acheteur> n'est, en réalité, qu'un usufruitier qui doit jouir en conservant la substance de la chose..." (así *Cours...* cit., pág. 107).

Encontramos tales afirmaciones de PARDESSUS repetidas casi literalmente en uno de los ya citados artículos de VICENTE Y CARAVANTES (quien no menciona, sin embargo, al autor francés): "La venta que hace un autor de su manuscrito no produce en favor del comprador ó del editor los efectos de las ventas ordinarias...En su consecuencia, el comprador no puede alterar ese manuscrito...Tampoco puede destruirlo ó dejar de publicarlo, porque, en realidad, sólo es un usufructuario que debe disfrutar de los beneficios de la obra, salva su sustancia." (loc. cit., tomo 49, pág. 356). Se contradicen, pues, estas afirmaciones que VICENTE Y CARAVANTES toma de PARDESSUS con algunas otras que él mismo realiza en otros lugares (vid. p.ej. nuestra nota anterior).

reproducción o impresión de su obra, porque, desde el momento en que decide dar su obra a la imprenta - o, si es obra plástica, desde que enajena el soporte de la misma¹⁷⁸ - , la figura del autor creador o compositor de la obra desaparece,¹⁷⁹ se hace jurídicamente irrelevante o ha de concurrir con cualquier otro sujeto que tenga acceso a la obra por título distinto de la composición de la misma (art. 5, 1º. y 2º.) o "haya subrogado <al autor> en el derecho de publicarla" (art. 19,1). El propio discurso con que fue presentada la Ley formula la situación como disyuntiva: "ya asegurando á los autores el omnímodo derecho de disponer de sus obras durante su vida, ya dándoles la facultad de enajenarlas...".¹⁸⁰

A este respecto, puede resultar ilustrativo el relato de cómo el intento del art. 28 del Proyecto del Gobierno, respetado por el de la Comisión del Senado, de permitir al autor coleccionar sus obras aun después de haberlas enajenado chocó con la enconada oposición de algunos Senadores; el Senador Barrio Ayuso calificó de "robo" y "usurpación" perpetrado por el autor al comprador de la obra

¹⁷⁸ Vid. los apartados consagrados a la noción de obra protegida en la Ley de 1847.

¹⁷⁹ "Desde el momento en que se publica una obra, ya sale hasta cierto punto de la jurisdicción privativa del autor..." (vid. el discurso de presentación del Proyecto de Ley del Ministro ROCA DE TOGORES, en el Diario del Senado cit.).

¹⁸⁰ Id. discurso de presentación (vid. Diario de Sesiones del Senado citado).

la realización de dicha colección; el contenido inicial del art. 28 tuvo que ser suprimido y sustituido por el definitivo, relativo a una cuestión de Derecho transitorio.¹⁸¹

A la vista de estos datos, habrá que leer toda referencia de la Ley de 1847 al "autor" bajo la acepción de "autor en tanto que propietario". Puesto que, en definitiva, no es el autor el único sujeto protegido, al querer hacerse eco de ello la Ley a la hora de garantizar el derecho otorgado, acaba incurriendo en una tautología, dado que en el art. 1º. había empezado diciendo que el derecho de propiedad literaria "compete al autor", para acabar diciendo en el art. 22 que "considera autor" - por mucho que se puntualice que es "para la aplicación de las anteriores disposiciones penales" - a todo sujeto que ostente el derecho.¹⁸²

¹⁸¹ Discusión del art. 28 en el Senado (Diario de Sesiones del Senado de 1847, nº. 25, de 12 de marzo).

¹⁸² Vid. así el citado art. 22: "Para la aplicación de las anteriores disposiciones penales se considerarán como autores todas las personas ó cuerpos en quienes reconoce esta ley el derecho exclusivo de publicar y reproducir obras durante más corto o más largo período". A la vista de tal precepto, se ve VICENTE Y CARAVANTES obligado a puntualizar: "...no obstante, que en el verdadero sentido de la palabra autor, lo es únicamente el que ha compuesto una obra original" (loc. cit., pág. 399).

TERCERA PARTE

LA LEY

DE PROPIEDAD INTELECTUAL

DE 10 DE ENERO DE 1879

CAPITULO PRIMERO

SU EPOCA

I. EL DEBATE EN TORNO A LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ULTIMO TERCIO DEL SIGLO XIX

Como habíamos indicado en el capítulo introductorio de este trabajo, la Ley de 1879 se inscribe, frente al texto legal que la antecede en el ordenamiento jurídico español, en una diferente etapa del pensamiento jurídico en torno al derecho de autor.

En efecto, en la etapa anterior del pensamiento jurídico, a la que podemos adscribir la Ley de 1847, se había recurrido al concepto - o, mejor, la imagen - de la propiedad con fines polémicos y políticos: se pretendió reconocer al creador de una obra intelectual un derecho de señorío sobre ésta, distanciándose de la idea de privilegio; la noción de "propiedad del autor" estuvo entonces desprovista de todo rigor y significado técnico.¹⁸³ Una vez la misma hubo servido a la finalidad perseguida,¹⁸⁴ es decir, una vez el derecho se

¹⁸³ Refiriéndose a la concepción del derecho de autor imperante a finales del siglo XVIII, señala von GIERKE: "Zum Theil* verstand sie unter Eigenthum nur die irgend einem Rechte entsprechende volle Herrschaftsmacht,...jedoch vom Urheberrechte nichts weiter aussagte, als daß es eben ein guces und volles Recht sei". (Vid. von GIERKE, Otto, *Deutsches Privatrecht*, 1. Band, München und Leipzig 1936, pág. 760).

* "Theil" por "Teil".

¹⁸⁴ "...la propiedad literaria no se discute ya en ninguna parte, y por esta razón el Congreso sólo tenía que ocuparse de las reformas de que son susceptibles en este punto las legislaciones." (id. la crónica del Congreso de la "Asociación Literaria y Artística Internacional", celebrado en Madrid en 1887, en MALUQUER Y SALVADOR, José, *RGLJ 1887*, tomo 71, págs. 495 y s.s. y 626 y s.s.; 1888, tomo 72, págs. 57 y s.s.).

encuentra ya establecido e implantado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, entramos en una fase en la que se intenta determinar la naturaleza y el lugar que corresponde a ese derecho subjetivo dentro del Derecho privado.¹⁸⁵

El norte, el objetivo último de esa evolución que acabamos de trazar es, en definitiva, el de alcanzar una ampliación y una consolidación del contenido del derecho de autor. De nuevo hay que señalar, - como lo hicimos para la etapa anterior - que la persecución de ese objetivo es común a todo el ámbito occidental, aunque no lo son las etapas de dicha evolución ni tampoco los instrumentos jurídicos empleados.

De manera quizá excesivamente lineal, aunque esclarecedora, podemos establecer que, frente a los sistemas jurídicos de los países románicos (Francia,¹⁸⁶ Portugal y España¹⁸⁷)¹⁸⁸ y

¹⁸⁵ "Mit Hilfe der Idee vom geistigen Eigentum hatte das subjektive Recht des Urhebers seine positivrechtliche Anerkennung gefunden. Es war zur Gesetzesnorm geworden. Nunmehr handelte es sich um den Ausbau der Rechte des Urhebers..." (así ROEBER, «Urheberrecht oder Geistiges Eigentum...» cit., pág. 154).

¹⁸⁶ A señalar que, en el caso particular de Francia, el desarrollo de la institución es antes jurisprudencial que legislativo. La Ley de 1793 siguió siendo la ley orgánica sobre la materia hasta mediados del siglo XX (vid. art. 77 de la "Loi no. 57-298 sur la propriété littéraire et artistique" de 11 de marzo de 1957, que la deroga expresamente) y todas las leyes que hasta entonces se sucedieron tuvieron únicamente por objeto ampliar el plazo de protección otorgado por aquélla.

los de su área de influencia, como Méjico,¹⁸⁷ por ejemplo, que optan decididamente por ahondar en el concepto de propiedad, entendiendo que éste es lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida a las especialidades de la propiedad literaria, Alemania abandona antes la construcción de la "geistiges Eigentum",¹⁸⁸ saliendo su doctrina

¹⁸⁷ Vid. el Preámbulo de la Proposición de Ley presentada al Congreso español en 1876: "Es indudable, pues, que la propiedad intelectual es una propiedad de órden comun, y que para vivir no necesita otra cosa que el régimen de la ley general, por lo que es fácil comprender, que su constitución debe ser objeto de dicha ley y de una reglamentación que determine los medios prácticos de ejecutarla." (Diario de Sesiones del Congreso de 1876, no. 116, de 6 de noviembre).

¹⁸⁸ No así Italia. En este período, el legislador italiano intenta obviar cualquier toma de posición en torno a la naturaleza del derecho. "E perciò appunto esso formò presso tutt'i popoli civili la materia di quella che alcuni dissero facoltà di copia, ed altri diritto di proprietà letteraria o artistica, e che noi, per evitare vane dispute di parole, non abbiamo voluto nè definire nè nominare."* (así se pronunció Antonio SCIALOJA, relator de la Ley italiana de 25 de junio de 1865 ("Legge sui diritti spettanti agli autore delle opere dell'ingegno"). Vid. "Leggi e decreti sui diritti degli autori delle opere dell'ingegno", publicadas por el "Ministero di agricoltura, industria e commercio. Ufficio della proprietà intellettuale", Roma 1914). Confirman tal indefinición en este período en el ámbito italiano STOLFI, op. cit., pág. 161; y ROEBER, loc. cit., pág. 156.

* El subrayado es mío.

¹⁸⁹ El Código civil mejicano de 1871 había reconocido incluso carácter perpetuo al derecho de propiedad literaria (vid. sus arts. 1245 y s.s.).

¹⁹⁰ La expresión "geistiges Eigentum" se utiliza por última vez para designar los derechos de autor en un texto legal en la "Verfassung des Norddeutschen Bundes" de 1867, art. 4, Nr. 6 - que menciona a la propiedad intelectual entre las competencias que la Confederación se reserva frente a los Estados federados -, que pasaría a ser "Reichsverfassung" en 1871, a raíz del proceso de unificación alemana. Las leyes prusianas sobre la materia de 1870 y 1876 - que, en virtud del mismo proceso se convertirían también en "Reichsgesetze" - se titulan ya "Urheberrechtsgesetze".

especializada a la búsqueda de nuevas fórmulas en el encuadramiento y definición del derecho de autor ("Urheberrecht").¹⁸¹

A su vez, en el propio seno de la doctrina alemana o de influencia germánica, quedan perfiladas, dos tendencias¹⁸²: por una parte, la de quienes asumen una explicación exclusivamente patrimonialista del derecho de autor¹⁸³; y,

¹⁸¹ La división internacional que acabamos de trazar se puso incluso de relieve durante la Conferencia de Berna de 1885, de la que saldría la Convención de 1886: mientras los delegados franceses proponían que dicha Convención se designase como "Convención para la protección de la propiedad literaria y artística", los delegados alemanes eran partidarios de la denominación "Urheberrechte", salvándose finalmente dichas discrepancias mediante la fórmula que sigue sirviendo de denominación a la Convención y a la Unión Internacional creada también a raíz de dicha Conferencia: "Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas".

¹⁸² Dejando aparte a quienes, como GERBER, niegan el derecho de autor; para él, el derecho de autor no constituye siquiera un derecho subjetivo, sino tan sólo el reflejo de una prohibición legal: "...sie gehört in die weite Classe der Handlungen der sogenannten natürlichen Freiheit, welche man nicht ohne die Gefahr des Vorwurfs der Pedanterie als Rechte darstellen wird". (Vid. GERBER, C.F. von, «Über die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers», en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 3. Band, Jena 1859, págs. 359 y s.s.). Refiriéndose a la tesis de GERBER, dirá lapidariamente von GIERKE: "In Wahrheit ist eine derartige Konstruktion überhaupt keine Konstruktion, sondern eine Insolvenzerklärung der Privatrechtsjurisprudenz" (op. cit., pág. 757). Vid. por todas, la acerada crítica a la construcción de GERBER en KOHLER, Josef, «Das Autorrecht», separata de *Iherings Jahrbücher XVIII Band*, Jena 1880, págs. 5; 57 y s.s.

¹⁸³ Oskar WÄCHTER, R. KLOSTERMANN, Josef KOHLER (vid. obras citadas en la Bibl. general), por orden cronológico. No se trata tanto de que dichos autores nieguen la existencia de otro tipo de intereses del autor de una obra intelectual, como de que entiendan que la consideración de los mismos

por otra, la de quienes, por el contrario, estructuran el derecho de autor en su conjunto en torno a un derecho de la personalidad.¹⁸⁴

escapa a lo que constituye el contenido propio y específico de la "geistiges Eigentum": "Denn eine Kränkung dieser Art ist ganz unabhängig von den Voraussetzungen des geistigen Eigenthumes. Der Verfasser kann den Schutz der verletzten Persönlichkeit in jedem Falle anrufen, auch wenn er das Recht der ausschliesslichen Vervielfältigung gar nicht erworben, oder bereits wieder veräussert hat." (vid. KLOSTERMANN op. cit., pág. 125). Esos otros intereses, se dirá, atañen, en definitiva, al derecho general de la personalidad, sin ser específicos del autor.

¹⁸⁴ Por orden de importancia, Otto von GIERKE en primer lugar (vid. op. cit.), puesto que fue él quien dio una formulación general a dicha tesis; y también autores como Georg BESELER,* Johann Caspar BLUNTSCHLI,**, Felix DAHN,*** y Hermann ORTLOFF****, incluso con el apoyo de filósofos del Derecho como Heinrich AHRENS. Los representantes de esta tendencia se remontan, como precursores de la misma, (vid. GIERKE, op. cit., pág. 764; DAHN, F., *Deutsches Privatrecht. Grundriss*, Leipzig 1878, I, pág. 45.) a dos textos de Immanuel KANT: uno de ellos en la primera parte de la *Metaphysik der Sitten* - «Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre» -, donde KANT califica el derecho sobre un escrito como "ein auf dingliche Art persönliches Recht" (vid. *KANT's Werke*, Berlín 1907, Band VI, pág. 289); y un artículo aislado de 1785, donde había aparecido por primera vez dicha construcción («Über die Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», *Berlinische Monatsschrift*, 5. Band <Januar bis Junius 1785>, págs. 403-417; el artículo aparece también recopilado en *KANT's Werken*, Band VIII, págs. 79 y s.s.).

* (1809-1888) Es BESELER uno de los representantes de la tendencia germanista dentro de la Escuela Histórica del Derecho (vid. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, págs. 230; 241 y s.s.). Para sus tesis sobre el derecho de autor, vid. su *System des gemeinen deutschen Privatrechts* cit. en Bibl.

** (1808-1881) Introdutor de las ideas de SAVIGNY en Suiza (id. WIEACKER pág. 259); maestro de HUBER, artífice del ZGB suizo (id. WIEACKER pág. 296). Sus tesis sobre el derecho de autor están recogidas fundamentalmente en su *Deutsches Privatrecht* (id. Bibl.).

*** Felix DAHN, discípulo de BLUNTSCHLI.

Queda así inaugurada la contraposición, clásica para la institución, entre tesis "monistas" y "dualistas".¹⁹⁵

Por no ser sincrónicos, como ya ha quedado apuntado, los hitos de la evolución conceptual del derecho de autor, sólo con posterioridad, esta contraposición entre ambas posturas irá propagándose a los demás países.¹⁹⁶

**** Hermann ORTLOFF, «Das Autor- und Verlagsrecht als strafrechtlich zu schützendes Recht» en *Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena 1861, 5. Band, págs. 263 y s.s.

¹⁹⁵ Con la configuración de las dos tendencias expuestas en texto, queda abierta la histórica brecha entre tesis dualistas y monistas, debate que parece haber quedado saldado en la actualidad a favor del monismo (vid. ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlín/Heidelberg 1980, pág. 118; BAYLOS CORROZA, *Hermenegildo*, op. cit. pág. 459; PEÑA y BERNALDO DE QUIROS, loc. cit., pág. 717; BERCOVITZ, Rodrigo, comentario al art. 1º. de la L.P.I. de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por...*, Madrid 1989, pág. 27; LACRUZ BERDEJO, comentario al art. 2º. L.P.I. en *Comentarios... cit.*, pág. 34). Vista desde fuera, sorprende dicha controversia por lo estéril, - dado que ambas posturas reconocen la existencia de un doble tipo de facultades (así, el propio GIERKE, op. cit., pág. 759) y difieren sólo a la hora de establecer si todas ellas se integran en el derecho de autor como distintas manifestaciones de un único derecho, o bien se desdoblan en dos derechos de signo distinto -; y por lo confusa - dado que unas mismas tesis son calificadas indistintamente como monistas o como dualistas -(vid. BAYLOS CORROZA, op. cit., pág. 459; y RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, «Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en *Rev. de Derecho Privado 1949*, págs. 747 y s.s., 830 y s.s.).

¹⁹⁶ Según MALUQUER Y SALVADOR, ya en el Congreso de Madrid de 1887, había apuntado la citada controversia (loc. cit., pág. 499).

La incidencia en Derecho español de dicha polémica será prácticamente nula, dado que la legislación y doctrina españolas son de las que con más convicción y persistencia profesan la construcción de los derechos de autor como derecho de propiedad,¹⁹⁷ si bien de carácter especial. Sólo bien entrado el siglo XX, autores muy concretos, como Nicolás PEREZ SERRANO,¹⁹⁸ Federico DE CASTRO Y BRAVO y José CASTAN TOBEÑAS,¹⁹⁹ parecen quedar adscritos a la corriente dualista.²⁰⁰

¹⁹⁷ Con cierta condescendencia, lo pone de relieve el propio von GIERKE: "Vollen Ernst macht mit der Theorie des geistigen Eigenthums das spanische Recht, indem hier das Civilgesetzb. v. 1889 Art. 429 vorschreibt, daß auf das geistige Eigenthum subsidiär alle Bestimmungen über das Eigenthum anzuwenden sind." (op. cit., pág. 761, nota 52).

¹⁹⁸ A PEREZ SERRANO cabe atribuirle el mérito de haber sido el divulgador en el ámbito jurídico español de la categoría del llamado "derecho moral de los autores" (vid. PEREZ SERRANO, Nicolás, «El derecho moral de los autores» en el *Anuario de Derecho civil*, 1949, págs. 7 y s.s.). Tendremos ocasión de exponerlo en el estudio pormenorizado que dedicamos al derecho de propiedad intelectual, tal y como lo configuran el Código civil, la Ley de 1879 y su Reglamento.

¹⁹⁹ Vid. de CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Do. civil*, Madrid 1984 (reimpresión de la ed. de 1972), págs. 21 y s.s.; y CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid 1957, (9ª. ed.), tomo II, págs. 361 y s.s; Madrid 1963, tomo I,2, págs. 365 y s.s.

²⁰⁰ Mientras DE CASTRO y CASTAN coinciden ya en negar el encuadramiento del derecho de autor en el derecho de propiedad (vid. DE CASTRO, op. cit., págs. 21-22; CASTAN, op. cit., tomo II, págs. 380; 383; tomo I,2, pág. 366), PEREZ SERRANO mantiene todavía la tesis del derecho de autor como propiedad especial, considerando casi como un mal inevitable la necesidad de reconocer esos intereses personales del autor en su obra porque "pueden autorizar para infidelidades contractuales, opresión de los editores o legítimos adquirentes de derechos y constante inseguridad jurídica" (vid. así loc. cit., pág. 27).

Ha parecido, pues, que tanto la falta de reflejo de ese debate teórico en nuestros textos legales, como lo tardío de dichas preocupaciones en nuestro ámbito eximen de cualquier estudio particularizado de las distintas posiciones en torno a la naturaleza jurídica del derecho de autor.

Las páginas que siguen no pretenden entonces introducirse en dicho debate, sino mostrar cómo en el mismo período en que en el ámbito español se promulga la Ley de 1879, anclada en la construcción de la propiedad intelectual,²⁰¹ se construye una disciplina científica en torno al derecho de autor.²⁰²

²⁰¹ "La Ley de 1879 es, desde el punto de vista de la doctrina jurídica relativa al Derecho de Autor estrictamente monista. Se basa exclusivamente en el reconocimiento de lo que, en las fechas de su redacción se llamaba Dominio espiritual, "Geistiges Eigentum", frente a lo que los tratadistas llamaban, también entonces, derechos intelectuales, que sumaban a un derecho de dominio percedero y transmisible un conjunto de derechos personales perpetuos e intransferibles. El reconocimiento de estos derechos personales del autor que más tarde se han llamado "derechos morales" ha dado origen a una doctrina dualista que informa la casi totalidad de las legislaciones y la jurisprudencia...La Ley de 1879, estrictamente patrimonialista...no define los derechos de la persona conexos con la Propiedad Intelectual...". Es este el balance que del texto de 1879 se realiza en vísperas de la reforma que culminará en la actual Ley de Propiedad Intelectual de 1987. Vid. así el "Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual." (BOCG de 1985, Serie I, no. 152, de 14 de mayo, págs. 6253 y s.s.; vid. págs. 6254-6255).

²⁰² "Selbständigere Rechtsgedanken waren es schon, die zur Ausgliederung des gewerblichen Rechtsschutzes (Literatur-, Musik- und Kunsturheberrecht, Verlagsrecht; Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht; Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht) aus dem bürgerlichen Recht führten. Die juristischen Denkformen dieses Rechtsgebiets sind in einer sehr bedeutenden wissenschaftlichen Sonderleistung des 19. Jahrhunderts ausgebaut worden...Diese neuen Rechtslagen, die das gemeine Recht noch nicht kannte, hat in Deutschland bereits das junge Bismarcksreich sofort kodifizieren müssen..." (así WIEACKER, op. cit., págs. 318-319).

II. LA ELABORACION CIENTIFICA DEL DERECHO DE AUTOR

Tal y como se indica en el anterior epígrafe, ya en este último tercio del siglo XIX se detecta en el ámbito germánico un amplio movimiento de superación de la tesis del derecho de autor como "propiedad sui generis".²⁰³

Sin embargo, la posible construcción alternativa de los derechos de autor estaba en este momento todavía en fase de negación - se hacía sobre todo hincapié en los elementos que alejaban al "Urheberrecht" del derecho de propiedad²⁰⁴ -, sin haber podido llegarse todavía a la fase de afirmación: no se conseguía adscribir el derecho del autor sobre su obra a alguna otra de las categorías de derechos existentes, sin

²⁰³ Existe prácticamente unanimidad entre los autores alemanes a la hora de señalar el descrédito de la construcción del derecho de autor como propiedad, con independencia de cuál sea la óptica que cada uno de ellos adopte en cuanto a su naturaleza jurídica. Así, se refieren al abandono generalizado de la tesis de la propiedad, p. ej., DERNBURG (op. cit., pág. 721), que lo designa como "privates Gewerberecht"; KLOSTERMANN (op. cit., pág. 116), que se limita a establecer que el contenido de ese derecho es exclusivamente patrimonial (op. cit., pág. 119); y DAHN (op. cit., pág. 44) y ORTLOFF (op. cit., pág. 323), que lo califican de "höchst persönliches Recht".

²⁰⁴ "Es ist auch anderwärts noch richtig dagegen hervorgehoben worden, daß das analoge literarische Eigenthum weder Gegenstand noch Grund, weder Natur noch Schutz mit dem echten Eigenthum gemein haben könnte..." (ORTLOFF, op. cit., pág. 322). Lo que varía de un autor a otro es que, a la hora de distinguir, el énfasis se sitúe en uno u otro de esos elementos.

que, por otra parte, se hubiese llegado a poder aislarlo como categoría autónoma.²⁰⁵

De una parte, se pone de relieve la imposibilidad de alinearlo entre los derechos personales o de crédito por su carácter absoluto: el deber de abstención que, para otros, deriva del derecho exclusivo que se reconoce al autor sobre su obra no es exigible frente a una única persona o personas determinadas, sino frente a todos y cualquiera.²⁰⁶ Y, sin embargo, a pesar de que ese dato de la eficacia "erga omnes" avala ciertamente algún tipo de parentesco respecto al derecho de propiedad ordinaria o brinda, cuando menos, la posibilidad de adscribir el derecho de autor a los derechos reales en general,²⁰⁷ no hay más remedio que constatar la existencia de diferencias esenciales, que no resultan suficientemente expresadas ni por el concepto de propiedad ni por la categoría de los derechos reales.

²⁰⁵ Se señalaba en concreto la dificultad de encajar el derecho sobre la obra del espíritu en las categorías heredadas del Derecho Romano (vid. AHRENS, op. cit., pág. 149; ORTLOFF, op. cit., pág. 319; KLOSTERMANN, op. cit., pág. 121).

²⁰⁶ "...als einem absoluten, Alle bindenden Recht, die allgemeine Rechtspflicht gegenübersteht, die freie Thätigkeit in Bezug auf ein Geisteswerk zu beschränken, namentlich Vervielfältigungs- oder Veröffentlichungsacte zu unterlassen, so kann es doch hauptsächlich deshalb nicht als obligatorisches Recht angesehen werden, weil es regelmässig nicht individuell bestimmten Personen gegenüber besteht." (vid. ORTLOFF, op. cit., pág. 325). En el mismo sentido, KLOSTERMANN: "...äussert seine Wirkung allen Personen gegenüber" (op. cit., pág. 114); AHRENS (op. cit., pág. 150).

²⁰⁷ DERNBURG op. cit., pág. 721.

1. La aproximación a la naturaleza del derecho de autor a partir de elementos negativos

La insuficiencia de la construcción de la "geistiges Eigentum" la cifran los juristas alemanes ante todo en dos elementos: el carácter incorporeal del objeto, la obra intelectual, sobre el cual tal derecho se proyecta y la presencia, en la relación entre el autor y su obra, de intereses no estrictamente patrimoniales. A la larga, según se sitúe el énfasis de la especialidad del derecho en uno u otro elemento, se llegará a las diversas posiciones en torno a su naturaleza a que se ha aludido en el anterior epígrafe.

1.1. El carácter incorporeal del objeto del derecho

Objeto del derecho de propiedad - o de cualquier otro derecho real - sólo puede serlo un bien de carácter material.

o "cosa".²⁰⁸ La obra del intelecto no es una "cosa", entendida ésta como bien material.²⁰⁹

²⁰⁸ Vid. DERNBURG (*Lehrbuch des Preussischen Privatrechts...* cit., pág. 721); y WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1906 (9. Auflage, bearbeitet von Theodor Kipp), 1. Band, §137, págs. 689 y s.s.; vid. sobre todo pág. 693, nota 10.

Sorprende que los escrúpulos en torno a la especialidad del objeto se manifiesten precisamente en la órbita del "Allgemeines Landrecht", que, por influencia del Iusnaturalismo (WIEACKER op. cit. 205; HATTENHAUER, op. cit. <vid. nuestra Bibl>, pág. 49), acogía en el concepto de "cosa" a todo posible objeto de un derecho (vid. ALR Teil I, Tit. 8., §§1-3), pudiendo tener entonces cabida en esa acepción amplia también algunos bienes incorpóreos, como los derechos que puedan constituir el objeto de un derecho de propiedad - o de cualquier otro señorío de carácter patrimonial, porque en el Código prusiano también a veces el término "propiedad" se aplicaba por extensión -. Ocurre que, ante el temor de que queden desvirtuados los conceptos a medida que se van introduciendo en ellos realidades cada vez más heterogéneas, se apela, de una parte a la necesidad de no perder de vista el sentido genuino del concepto "cosa" - en sentido estricto, sólo el bien material - y, de otra, se argumenta que el hecho de que se pueda hablar de un derecho - en concreto, del derecho exclusivo sobre una obra - como posible objeto del derecho de propiedad, no convierte, a su vez, en propiedad a ese derecho en cuestión: "...man kann nicht eine "res incorporalis", an der man Eigenthum hat, selbst Eigenthumsrecht machen" (ORTLOFF, op. cit., pág. 322); "Wenn also nach dem Sprachgebrauche des preussischen Rechtes das Verlagsrecht an einer Schrift...Objecte des Eigenthumes im weiteren Verstande ausmachen, so darf nicht behauptet werden, daß das geistige Eigenthum selbst, welches den Inhalt dieser Rechte ausmacht, eine Art des Eigenthumes sei, man müßte denn alle übrigen Rechte, die in demselben Sinne Gegenstand des Eigenthumes sind, zum Eigenthum zählen und damit den Begriff des Eigenthumes als eines besonderen Rechtes völlig aufheben." (KLOSTERMANN, op. cit., pág. 115).

²⁰⁹ Esta insistencia de la doctrina alemana en que no debe quedar desvirtuado el concepto genuino de "cosa" acogiendo en él realidades incorpóreas acabará quedando plasmada en el Código civil alemán o "Bürgerliches Gesetzbuch" <BGB>, que, por contraposición al "ALR", cife el concepto a los objetos corpóreos (§90 BGB). En la órbita francesa, en cambio, tanto el Código civil francés como la doctrina admitieron - y admiten - sin dificultades la categoría de los "bienes incorpóreos", lo que permitió la ya aludida pervivencia en dicho ámbito de la idea de "propiedad del autor". Vid. así AUBRY, Charles et RAU, Charles Frederic, *Cours de droit civil français*, París 1875, tomo 7^o, págs. 170-171: "Dans la acception véritable du mot, la "propriété" ne se comprend que pour les choses corporelles. Mais le term

Hay que destacar la importancia de esta última proposición, con todo y ser ésta simplemente de carácter negativo, en la construcción del derecho de autor. Sólo a partir del momento en que dicha negación se convierte en premisa - y no ha ocurrido así hasta la época que ahora nos ocupa -, se está en camino de afirmar la independencia conceptual del derecho sobre el producto del intelecto.²¹⁰

Y ello porque, hasta que se formula dicha proposición, no se había conseguido desvincular plenamente el derecho sobre la obra del objeto físico portador de dicha obra, de manera que las posibilidades de actuación sobre la misma se presentaban hasta cierto punto como emanación del derecho de propiedad

"propriété" a été étendu à des choses incorporelles pour désigner le droit exclusif d'en user et d'en disposer...C'est ainsi encore qu'on qualifie de propriété littéraire, artistique et industrielle, le droit exclusif des auteurs, artistes, ou inventeurs, sur la valeur pécuniaire de leurs compositions..."

²¹⁰ Para ilustrar la importancia que reviste la asunción de dicha premisa de carácter negativo, a la hora construir el derecho de autor como derecho autónomo, puede servirnos de ejemplo el pandectista Ernst Immanuel BEKKER. En efecto, BEKKER aborda el tema partiendo de la premisa negativa del carácter incorporeal de las obras escritas y musicales: "Literarische (einschliesslich der dramatischen) Werke und musikalische Kompositionen sind zweifellos unkörperliche Dinge..." (pág. 280), retrocediendo, sin embargo, a la hora de emancipar la obra gráfica y la plástica de sus representaciones materiales: "Aber "Zeichnungen und Abbildungen" mögen sie nun Kunstwerke sein oder nicht, sind doch immer körperliche Dinge...Ebenso sind die "Werke der bildenden Künste"...und die Photographien...körperliche Dinge...", de manera que, para él, el derecho sobre estos tipos de obras en concreto es, sin más, - a diferencia del derecho sobre las obras escritas y musicales, que es un derecho distinto - un derecho de propiedad ordinaria, con sólo algunas especialidades en cuanto a su transmisión (id. pág.).

sobre aquel objeto.²¹¹ Presupuesta, en cambio, la independencia respecto a un sustrato material, se bifurcará ya irreversiblemente la trayectoria de ambos derechos.

Tampoco en éste punto corresponde el mérito inicial al Derecho privado, sino que es éste, una vez más, tributario de determinadas aportaciones de la Filosofía del Derecho: "Das Bestreben, das Geistige des Buches als etwas besonderes auszuscheiden, lag übrigens damals in der Luft, wenn auch der Gedanke von Niemanden eine solche feine Ausarbeitung erfuhr, wie von Fichte..."²¹²

1.1.1. La delimitación del objeto del derecho de autor a partir de construcciones de la Filosofía: FICHTE y HEGEL

Unánimemente ha sido puesta de relieve por los tratadistas germánicos del derecho de autor²¹³ la contribución que

²¹¹ Refiriéndose a la construcción de la "geistiges Eigentum" en su formulación primitiva, señala GIERKE: "Zum Theil knüpfte sie an das Eigenthum an der Handschrift oder dem künstlerischen Urbilde an und leitete aus ihm ein Eigenthum auch an den geistigen Inhalte her..." (von GIERKE, op. cit., pág. 760).

²¹² KOHLER, Josef, «Die Idee des geistigen Eigenthums» en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894 <I>, Band 82, págs. 141 y s.s.

²¹³ Así ULMER (op. cit., págs. 11 y s.s.; y pág. 57); BAPPERT (op. cit., págs. 279-280); HUBMANN (op. cit., págs. 20-21; y también en otra de sus obras, *Das Recht des schöpferischen Geistes...* <cit. asimismo en nuestra Bibl>, pág. 72). Así lo destaca también el especialista sueco Stig STRÖMHOLM (vid. op. cit., pág. 111).

determinados filósofos y, en particular, Johann Gottlieb FICHTE (1762-1814), realizaron a la definición de su objeto.

En efecto, la distinción de FICHTE, además de contribuir a la sustentación del derecho de autor,²¹⁴ representa el primer intento²¹⁵ certero²¹⁶ de establecer en qué consiste ese

²¹⁴ Puesto que indicábamos que FICHTE, al igual que KANT, había terciado en defensa del derecho de autor, frente a quienes veían en su consagración legal un obstáculo a la libertad de imprenta (vid. nuestra PRIMERA PARTE, dedicada a las "Bases filosóficas y precedentes legislativos del derecho de autor").

²¹⁵ En rigor, ya antes de FICHTE el propio KANT se había referido a la desvinculación del derecho del autor respecto a un sustrato físico y a la independencia recíproca entre el derecho del autor o editor y el derecho del propietario del ejemplar: "Der Autor und der Eigenthümer des Exemplars können beide mit gleichem Rechte von demselben sagen: es ist mein Buch! aber in verschiedenem Sinne. Der erstere nimmt das Buch als Schrift oder Rede; der zweite bloss als das stumme Instrument der Überbringung der Rede an ihn oder das Publikum, d.i. als Exemplar." (vid. su artículo *Von der Unrechtmässigkeit...* cit. más abajo, pág. 86).

No radica en este punto, sin embargo, la verdadera importancia de las tesis de KANT. Las consecuencias que jurídicamente se extraerán de las mismas no se refieren a la definición del objeto (a cuyo respecto la visión de KANT es bien particular, pues considera que consiste, no en una cosa, sino en una conducta: hablar al público), sino - así lo entenderán los juristas - a la detección de los aspectos no patrimoniales del derecho de autor. Es por ello que reservamos su análisis a nuestro siguiente epígrafe.

²¹⁶ "Ihm gebührt das Verdienst, zuerst dem Gebilde des Gedankeneigenthums näher gekommen zu sein." (Id. KOHLER, *Die Idee...* cit., pág. 183). Se refiere KOHLER a la influencia de FICHTE, además, en algunas otras de sus obras (vid. *Urheberrecht...* cit. págs. 76-82).

"algo"²¹⁷ separable del manuscrito o de cualquier otra representación material de una obra.

FICHTE²¹⁸ parte de la distinción entre tres elementos en la propiedad de un libro²¹⁹:

- El libro como bien corporal, como papel impreso - "das Körperliche" -, cuya propiedad se transmite inmediatamente al comprador mediante su venta, puesto que, en tanto que objeto material, sólo es susceptible de apropiación por un único sujeto.²²⁰

²¹⁷ Es bien palpable la dificultad, ya de entrada terminológica, a la hora de expresar en qué consiste esa recién descubierta realidad espiritual, como evidencia el frecuente recurso a la perífrasis; así, el propio FICHTE: "dem Werke zu Grunde liegenden Begriff" (op. cit., pág. 418), o bien "alles dasjenige, was nur durch unsere eigenthümliche Geistesform völlig bestimmt werden kann..." (pág. 422).

²¹⁸ Vid. el artículo de Johann Gottlieb FICHTE «Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», publicado inicialmente en la *Berliner Monatsschrift*, mayo de 1791, no. XXI, págs. 443 y s.s. y recogido entre sus obras completas (*J.G. FICHTE-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Stuttgart 1964, Band I,1, págs. 407 y s.s.).

²¹⁹ El mismo razonamiento es aplicable en esencia a la obra oral (op. cit., pág. 414) y a las obras de las bellas artes y de las artes mecánicas, a salvo algunas matizaciones que el propio FICHTE introduce (op. cit., págs. 418/419), atinentes sobre todo a que en estas últimas la exteriorización del pensamiento pasa necesariamente por la encarnación en un objeto físico y a la mayor dificultad de reproducción de las mismas.

²²⁰ "...weil es nicht mehrere Herren haben kann" (vid. op. cit., pág. 412).

- El contenido del libro - "das Materielle" -, las ideas o pensamiento que éste encierra, que se convierten en propiedad compartida de autor y público desde que son dadas a conocer.²²¹
- La forma en que el autor exterioriza ese pensamiento - "die Form dieser Gedanken" -, el modo peculiar en que el autor combina sus ideas, que, por la propia naturaleza de las cosas, seguirá siendo siempre de la exclusiva propiedad del autor, puesto que es imposible adueñarse del pensamiento ajeno sin alterar, para ello, su forma.²²² Sobre éste último elemento, construye

²²¹ "...dessen Eigenthum vermöge seiner geistigen Natur Vielen gemein sein kann..." (op. cit., pág. 412). De modo distinto a como nos ha llegado a veces la tesis de FICHTE, vulgarizada, ese contenido espiritual del libro no deja de ser propiedad exclusiva del autor en el mismo momento en que es dado a conocer ni tampoco por la mera adquisición del libro, puesto que se requiere una determinada actividad o esfuerzo del propio adquirente: "Um sie uns zuzueignen, gehört noch eine Handlung dazu: wir müssen...seinen Inhalt...durchdenken,...und so ihn in unsere eigene Ideenverbindung aufnehmen." (vid. op. cit. pág. 411).

²²² Y, ello, precisamente, en base al requisito que, para la apropiación del pensamiento ajeno, introduce FICHTE, y al que nos referíamos en la nota anterior: puesto que dicha apropiación precisa de la propia actividad del receptor, es necesario que éste para hacerlo suyo, se represente a sí mismo dicho pensamiento, - ya que "...reine Ideen ohne sinnliche Bilder sich nicht einmal denken, vielweniger Anderen darstellen lassen..." -, resulta entonces que el pensamiento ajeno se asimila siempre bajo forma distinta a cómo ha sido emitido: "Es ist unwahrscheinlicher als das unwahrscheinlichster, daß zwei Menschen über einen Gegenstand völlig das Gleiche in eben der Ideenreihe, und unter eben den Bildern, denken sollen,..." (op. cit., pág. 412); "...dadurch, daß wir ihm <dem fremden Gedanken> UNSERE FORM* geben... (op. cit., pág. 414).

* En mayúsculas en el texto de FICHTE.

FICHTE "ein natürliches, angeborenes, unzuveräusserndes Eigenthumsrecht <des Verfassers>".²²³

En definitiva, la principal aportación de FICHTE a la construcción de los derechos de autor²²⁴ consiste en establecer que, siendo el modo de expresar las ideas individual, el carácter común de las mismas no ha de ser obstáculo para constituir sobre ellas una relación de propiedad individual.

²²³ Vid. FICHTE, op. cit., pág. 416.

²²⁴ La construcción de FICHTE es clara y líneal en cuanto a la fundamentación, al título adquisitivo del derecho, pero contradictoria y vacilante, a nuestro modo de ver, en cuanto al contenido del propio derecho y a su ropaje jurídico. Si la forma del pensamiento es de por sí inaccesible a terceros - "...welche wir uns nie eigen machen können (op. cit., pág. 419); "weil dies physisch unmöglich bleibt" (op. cit., pág. 412); (lo cual no será obstáculo para que FICHTE se refiera al plagio y a la reproducción literal de un pensamiento ajeno como apropiaciones indebidas de forma) -, el derecho del autor habrá de recaer sobre la utilización de la propia idea o pensamiento - "den Gebrauch des erworbenen Begriffs" (op. cit., pág. 419) -. Puesto que éste ha devenido común una vez dado a conocer - mejor dicho, una vez asimilado por el receptor -, la norma que reserva al autor dicha utilización tiene el carácter de privilegio que deroga temporalmente la ley natural que permite a cualquiera utilizar dicho pensamiento, con lo cual, el propio FICHTE deja en el aire la idea de que el derecho del autor recae sobre cosas que "ihrer Natur nach nicht unter Verwahrung gehalten werden können" (op. cit., pág. 417) y que es sólo cuestión de equidad que el autor no se vea privado de su derecho: "...es ist nicht billig, daß der Mann, welcher Jahre lang Fleiß, Mühe und Kosten aufwendete, durch die erste Bekanntmachung des Resultats seiner jahrelangen Arbeit, welches von der Art ist, daß jeder desselben sich bemächtigen kann, der es sieht, um alle Frucht dieser Arbeit gebracht werde." (op. cit. pág. 419). Y, como, reconoce FICHTE con pesimismo, "in Sachen der Gewinnes auf die Billigkeit Anderer nicht sehr zu rechnen ist" (op. cit., pág. 419), es entonces cuando, actuando "contra natura", interviene el Estado otorgando el privilegio.

A partir de FICHTE, será HEGEL (1770-1830)²²⁵ quien deje sentada la independencia del derecho sobre uno y otro objeto, constatando sobre todo que la enajenación de uno de ellos no arrastra la del otro: quien adquiere un libro o un

²²⁵ Vid. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, "Grundlinien der Philosophie des Rechts" en *HEGEL's Sämtliche Werke, herausgegeben con Georg Lasson*, Leipzig 1930, Band VI, págs. 59 y s.s. HEGEL parte de la distinción de FICHTE entre "forma" y "contenido" del pensamiento, aunque la critica en algunos puntos.

En realidad, a través de HEGEL - quien tanto para la adquisición de la propiedad intelectual, como para la adquisición de la propiedad sobre bienes materiales utiliza como punto de partida la tesis de FICHTE - hemos podido constatar que FICHTE aplica el mismo esquema a ambos derechos. En efecto, HEGEL pone de relieve cómo en cuanto al acto de apropiación sobre cosas materiales parte FICHTE de la premisa de que la materia es en sí misma inapropiable, si no se la individualiza conformándola. HEGEL señala en cuanto a este punto las limitaciones de la tesis de FICHTE: "Dies ist freilich in der Vorstellung trennbar, in der That ist aber dieser Unterschied eine leere Spitzfindigkeit (vid. a este respecto, otra de las obras de HEGEL: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, Stuttgart Bad Canstatt 1974, 4. Band, pág. 194). Del mismo modo, señala HEGEL el peligro que, también para el derecho del autor, entraña el llevar demasiado lejos la distinción entre forma y contenido del pensamiento: "So kann eine kleine Änderung in der Form es ausmachen, dass ein Anderer ein Werk für das Seinige ausgiebt, an dem nichts sein ist, als jene Änderung" (id. *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 4. Band, pág. 235). La dificultad estriba para Hegel en determinar objetivamente qué modificaciones tienen carácter esencial y justifican una apropiación sucesiva por parte de quien utiliza la obra ajena - "Inwiefern nun die in der wiederholenden Äusserung sich ergebende Form...in ein spezielles geistiges Eigentum des reproduzierenden Individuums verwandle, und ihm hiermit das Recht, sie auch zu einem äusserlichen Eigentum zu machen... (*Grundlinien*, pág. 72) - y cuáles constituyen simplemente "Modifikatiönchen" - es significativo el uso del diminutivo -, es decir, modificaciones insustanciales que pretenden simplemente encubrir el plagio. Partiendo de dicha imposibilidad - "...lässt sich nicht...rechtlich und gesetzlich festsetzen" ("*Grundlinien*", pág. 72) -, concluye HEGEL que las leyes protectoras del derecho de autor han de limitarse a sancionar la estricta reproducción literal mediante la imprenta, que es la única susceptible de constatación objetiva, y que la sanción del plagio quedará relegada al ámbito moral, porque "Es ist gegen die Ehre, aber gerichtlich lässt sich nicht nachweisen was das Seinige ist und was das Meinige." (*Vorlesungen*, 4. Band, pág. 235).

cuadro no adquiere con él la posibilidad de reproducirlo.²²⁶ HEGEL insiste en que es la particular naturaleza del objeto la que impone la separación entre ambos derechos,²²⁷ sin ser necesaria, por tanto, ninguna reserva de parte del autor a la hora de enajenar el ejemplar de su obra.

La recepción de la distinción de FICHTE se opera, pues, en un primer momento entre filósofos, como HEGEL y filósofos del Derecho, como AHRENS,²²⁸ hasta que acaban haciéndola suya los juristas alemanes más representativos en materia de derechos de autor.²²⁹

²²⁶ "Indem der Erwerber eines solchen Produkts an dem Exemplar als Einzelnen den vollen Gebrauch und Wert desselben besitzt, so ist er vollkommener und freier Eigentümer desselben als eines Einzelnen, obgleich der Verfasser der Schrift oder der Erfinder der technischen Vorrichtung Eigentümer der allgemeinen Art und Weise bleibt, dergleichen Produkte und Sachen zu vervielfältigen, als welche allgemeine Art und Weise er nicht unmittelbar veräußert hat..." (*Grundlinien...*, §69, pág. 70).

²²⁷ "...so dass dies in der besonderen Art und Weise des äusseren Gebrauchs liegt, der von der Sache gemacht wird, und von dem Gebrauche, zu welchem die Sache unmittelbar bestimmt ist, verschieden und trennbar ist (er ist nicht, wie man es heisst, eine solche "accessio naturalis" wie die "foetura")." (HEGEL op. cit., pág. 71).

Partiendo de idéntica premisa, más adelante también AHRENS en su *Naturrecht...* señala dicha independencia: "Auch der Eigenthümer des Kunstwerks hat nur das Recht, die Sache in der bestimmten Form zu gebrauchen, nicht aber das Recht dasselbe ohne Genehmigung des geistigen Urhebers in irgend einer Art zu vervielfältigen." (op. cit., pág. 152).

²²⁸ Vid. AHRENS, op. cit., pág. 151.

²²⁹ Vid. por todos, KLOSTERMANN, op. cit., pág. 122; von GIERKE, pág. 760, nota 50 y pág. 770; KOHLER, op. cit., pág. 179 y *Die Idee des geistigen Eigenthums* cit., pág. 183.

1.1.2. La influencia de las construcciones filosóficas en la ciencia del Derecho

Haciendo suya las tesis de FICHTE, los juristas reivindicarán el reconocimiento de un derecho privativo del autor sobre la singular exteriorización de su pensamiento o "forma" de la obra.

Así, del mismo modo que la incorporación al ámbito jurídico - dogmático y legal - de la actividad intelectual o de autor y su configuración como posible fundamento de un derecho se vio en gran medida allanada gracias a aportaciones metajurídicas, también hacen suyos los juristas intentos de explicación ajenos a la propia ciencia,²³⁰ a la hora de articular la sustantividad conceptual del derecho de autor, partiendo de la desvinculación respecto a un objeto físico y con remisión a una entidad de carácter incorporeal como posible objeto del mismo, a pesar de que en un primer momento no se acierte a definir dicha entidad en sentido positivo.²³¹

²³⁰ En señalar a FICHTE y HEGEL como hitos de la línea evolutiva del derecho que trazamos, coinciden tanto von GIERKE (op. cit., pág. 760, nota 50), como KOHLER (*Die Idee des geistigen Eigenthums...* cit., págs. 186-187).

²³¹ Vid. KLOSTERMANN: "Das geistige Eigenthum hat keinen körperlichen Gegenstand und bildet deshalb keine Species des Sacheigenthumes" (op. cit., pág. 114); ORTLOFF: "Das Geisteswerk ist aber weder eine "res corporalis", noch eine "incorporalis"?...sondern ein Arbeitsprodukt besonderer Art, auf das sich eben der gewöhnlich. Eigenthumstegriff nicht anwenden lässt...daß dagegen beim Eigenthum eine äussere für sich bestehende, von der Person durchaus unabhängige Sache, welche selbst ohne irgend eine Tätigkeit der Person in ihr Eigenthum übergehen könne, vorausgesetzt werde." (op. cit., pág. 323).

La dogmática jurídica intentará traducir las ideas así importadas en términos de la propia ciencia y pondrá también de relieve las consecuencias que de las mismas deben extraerse en cuanto a la configuración legal del derecho sobre la obra del espíritu.²³²

A lo que no se llega todavía en este momento es a construir una categoría autónoma de derechos proyectados sobre ese objeto de naturaleza incorporeal. La formulación en positivo de una construcción alternativa a la "geistiges Eigentum" se hará esperar todavía hasta las últimas décadas del siglo XIX.

1.2. Los elementos no patrimoniales del contenido del derecho

El segundo dato de carácter negativo en que se cifra la especialidad - y, por ende, la dificultad de integración -

²³² "Kein Urheberrecht endlich hat der Eigenthümer einer das Geisteswerk verkörpernden Sache...Ein Recht aber, über das in der Sache verkörperte Geisteswerk zu verfügen, ist in dem Sacheigenthum nicht enthalten. Zu einer solchen Verfügung ist daher der Eigenthümer, falls an dem Geisteswerke ein fremdes Geisteswerk besteht, überhaupt nicht befugt." (GIERKE, op. cit., pág. 781); "Wenn, wie dies die Regel ist, die geistige Produktion sich in einer körperlichen Sache, z. B. einem Manuskript, Kunstwerk...verkörpert hat, ist es an das Eigenthum der Sache nicht geknüpft." (DERNBURG, op. cit., pág. 721).

Conectando con dichas declaraciones, el §5 a),II de la "Reichsgesetz" relativa a obras escritas y el §8,I de la "Reichsgesetz" de 1876 relativa a las obras plásticas excluyen la posesión del manuscrito o del original de la obra plástica como título que faculta a reproducir la obra en cuestión.

del derecho sobre la obra intelectual viene dado por el hecho de que se detecta la existencia en torno a la misma de intereses del autor de carácter no estrictamente patrimonial. El acuerdo a este respecto es general y, una vez más, independiente de la postura que, a partir de dicho dato, se adopte en cada caso en cuanto a la naturaleza del derecho.²³³ Como mínimo, se intenta siempre poner de relieve la necesidad de proteger el derecho sobre la obra, excluyendo en consecuencia las utilizaciones de la misma no consentidas por su titular, con independencia de que de las mismas resulte o no un perjuicio patrimonial para aquél.²³⁴

1.2.1. La influencia de KANT

Es casi de rigor entre los especialistas en derecho de autor el hecho de atribuir a Immanuel KANT (1724-1804) el mérito de haber sido el primero en detectar la existencia de dicho

²³³ "...c'est précisément d'une analyse des intérêts qu'on déduit la règle applicable, et non pas d'une "nature juridique" donnée." (Vid STRÖMHOLM, Stig, *Le droit moral de l'auteur*, Estocolmo 1967, I, pág. 253).

²³⁴ Vid. DERNBURG: "...daß endlich der Schutz seines Rechts nicht von Nachweise eines besondern Vermögensinteresse abhängig ist...Ebensowenig steht es mit dem Charakter des Urheberrechts als eines Vermögensrechts im Widerspruch, dass sich auch andre als vermögensrechtliche Interesse an dasselbe knüpfen können..."(op. cit., pág. 720). En el mismo sentido, DAMBACH, (op. cit., pág. 13); DAHN, (op. cit., pág. 45); ORTLOFF, (op. cit., pág. 330); KOHLER, ("Die Idee..." cit., pág. 227). La misma idea de que el contenido del derecho no es estrictamente patrimonial está latente en la jurisprudencia alemana (vid. una Sentencia del "Reichsoberhandelsgericht" de 25 de enero de 1875: "Es wird so das Urheberrecht ausschliesslich als Vermögensrecht charakterisiert und geschützt, während eine derartige Beschränkung dem Inhalt des Reichsgesetzes - vgl. insbesondere §5 b); §7 a); §§11,18 - fremd ist."

tipo de intereses en la relación entre el autor y su obra.²³⁵ Por otra parte, las opiniones que en su día expuso KANT sirvieron a algunos de ellos²³⁶ para realizar una determinada profesión de fe en cuanto a la naturaleza del derecho. Resulta, sin embargo, inevitable situar la influencia de KANT en sus justos términos.²³⁷

KANT se manifiesta a este respecto - en concreto, al respecto de la impresión ilícita o "Nachdruck" - en dos ocasiones: en un artículo aparecido en 1785 en la "Berlinische Monatschrift"²³⁸ y en un pasaje concreto de su "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", que constituye la primera parte de la "Metaphysik der Sitten",

²³⁵ Así, ORTLOFF (op. cit., pág. 287, nota 18). Muchos otros autores alemanes de esta época aluden a la influencia de KANT. Vid. p. ej. DAHN (op. cit., pág. 45); AHRENS (op. cit., pág. 153, nota 1); KLOSTERMANN (op. cit., pág. 120); GAREIS (loc. cit., pág. 88, nota 3); GIERKE (op. cit., pág. 764, nota 64). Valorando negativamente dicha influencia, KOHLER (*Die Idee...* cit., págs. 186; 190; 202; vid. también su *Autorrecht*, pág. 346).

²³⁶ Que apenas disimulan el orgullo de poder invocar tan ilustre "padrino".

²³⁷ Y, de hecho, ya hay quien se ha preocupado de hacerlo. Así sobre todo el profesor Stig STÖMHOLM, de la facultad de Derecho de Upsala, en su obra, ya citada, *Le droit moral de l'auteur...*, Estocolmo 1967, págs. 184 y s.s.; 244 y s.s. Vid. también BAPPERT, op. cit., pág. 245; ULMER, op. cit., pág. 57; pág. 109.

²³⁸ «Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», *Berlinische Monatschrift, herausgegeben von F. Gedike und J.E. Briester*, Berlin Januar bis Junius 1785, 5. Band, S. 403-417. El artículo se encuentra recopilado entre las obras completas de KANT (vid. «KANT's gesammelte Schriften», herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1907, Band VIII, págs. 79 y s.s.).

de 1797.²³⁹ Ya la propia localización dentro de su extensa producción apunta al carácter episódico que reviste en KANT el tratamiento de dicha cuestión.

La importancia que posteriormente se asigna a las tesis de KANT y, sobre todo, las consecuencias que intentan extraerse de ellas obedece, al margen de la propia autoridad de KANT, a algunas de las expresiones que él mismo utiliza al abordar el tema.

El eje central de las disquisiciones de KANT lo constituye la idea de que el libro constituye un discurso del autor al público;²⁴⁰ el editor, que publica el libro del autor con su consentimiento, habla al público como su representante,²⁴¹

²³⁹ Bajo la rúbrica "Was ist ein Buch?", dentro de una de las secciones ("Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht") del capítulo dedicado al Derecho privado ("Das Privatrecht"). Vid. «KANT's gesammelte Schriften», herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1907, Band VI, págs. 289/290.

²⁴⁰ "Ein Buch ist eine Schrift...welche eine Rede vorstellt, die jemand an das Publikum hält." (*Metaphysische Anfangsgründe...*, pág. 289).

²⁴¹ Siguiendo razonamientos de partida distintos a los de KANT, acabará llegando FICHTE a una conclusión muy parecida a la de aquél - de lo cual se congratula el propio FICHTE, que decía desconocer la previa existencia del artículo de KANT: "Mit dem Manne sich auf Einem Wege finden, ohne von seinem Gange etwas gewusst zu haben, tut wohl." (vid. FICHTE, op. cit., pág. 421) - en cuanto a la consideración del editor como representante del autor: "Was überträgt der Erstere <léase "Verfasser"> an den Letzteren <"Verleger">...Noch weniger das <Eigenthum> der Form dieser Gedanken: denn diese ist, und bleibt auf immer, ausschliessendes Eigenthum des Verfassers. Der Verleger bekommt also durch den Kontrakt mit dem Verfasser überhaupt KEIN EIGENTHUM,* sondern unter gewissen Bedingungen nur das Recht eines gewissen NIESSBRAUCHS* des Eigenthums des Verfassers...Er handelt also allenthalben nicht in seinem

estando legitimado para ello en virtud del poder que le confiere el autor.²⁴² De manera que quien imprime el libro sin su consentimiento, habla en nombre del autor contra su voluntad y se inmiscuye en un negocio ajeno - el mandato o gestión que realiza el editor en nombre del autor -.²⁴³

En el curso de su exposición, deja caer KANT las expresiones "persönliches Recht" y "angeborenes Recht". A partir de aquí, una vez queda descartada en el ámbito germánico durante el último tercio del siglo XIX, como ya se ha visto, la concepción del derecho de autor como propiedad, algunos autores - adscritos al parecer a la corriente "germanista",²⁴⁴ por oposición a la "romanista" o pandectista

Namen, sondern im Namen und auf Auftrag des Verfassers**." (vid. FICHTE, op. cit., pág.415).

* En mayúsculas en el texto de FICHTE.

** Los subrayados son míos.

²⁴² Id. pág. 290.

²⁴³ "...gerit se mandatarium absque mandato" (id. pág. 290; vid. también el artículo de 1785, pág. 80).

²⁴⁴ KOHLER se lamentaba de que casi todos los "germanistas" - en concreto, BLUNTSCHLI y BESELER - hubiesen adoptado la construcción personalista del derecho de autor (vid. KOHLER, *Die Idee...* cit., pág. 190). También von GIERKE (op. cit., pág. 764) y, en nuestros días, STRÖMHOLM identifican la tesis personalista de aquel momento con la corriente "germanista" (op. cit., pág. 251).

Sobre "germanistas" "versus" "pandectistas" dentro de la Escuela Histórica del Derecho, vid. WIEACKER (op. cit., pág. 243). Sobre el enfrentamiento entre ambas tendencias por la cuestión de los derechos de la personalidad en particular, vid. SCHEYING, Robert, «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», en el *Archiv für die civilistische Praxis* 1960, págs. 502 y s.s.; vid. págs. 517 y s.s.; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad», en el *Anuario de Derecho*

que imperaba entonces en el pensamiento jurídico alemán - se refieren al derecho del autor como "derecho de la personalidad".²⁴⁵

Atribuir a KANT el patronato de dicha construcción nos parece que ni es congruente con el marco más amplio de las ideas de dicho filósofo, ni siquiera es estrictamente cierto, ciñéndonos a esos dos textos específicamente referidos al tema.

En primer lugar, KANT²⁴⁶ reconoce un único derecho de la personalidad, la libertad, *derecho innato* ("angeborenes Recht"), que corresponde por naturaleza a todo hombre,²⁴⁷ y

civil, 1959, pág. 1243; 1245.

²⁴⁵ "Personenrecht" (BLUNTSCHLI, op. cit., §13; §46) "Persönlichkeitsrecht" (BESELER, op. cit., §88, III). DAHN (op. cit., pág. 45) y ORTLOFF (op. cit., pág. 314; 331) lo designan como "höchstpersönliches Recht". El iusnaturalista AHRENS emplea indistintamente las expresiones "Recht der Persönlichkeit" (op. cit., pág. 151) y "Persönlichkeitsrecht" (pág. 153).

²⁴⁶ Vid. la Introducción o "Einleitung in die Rechtslehre" dentro también de las "Metaphysische Anfangsgründe...".

²⁴⁷ Vid. la influencia a este respecto de la concepción de KANT en el Código civil austríaco de 1811 (§16 ABGB: "Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten."), por contraposición a la influencia de la tesis de los derechos innatos de Christian WOLFF en el Código civil prusiano de 1794 (§§82, 83 ALR). Se suele poner de relieve que las ideas de KANT en este punto representan un golpe de timón ("ein Wandel", en palabras de SCHEYING; vid. loc. cit., pág 512) respecto al iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, dado que en KANT la noción de "derecho innato" o "derecho fundamental" queda liberada de la influencia que, en cuanto a dichos derechos, desempeñaba en WOLFF y en el ALR el "status" o posición que el individuo ocupaba en la sociedad.

excluye lo relativo a dicho derecho del ámbito del Derecho Positivo,²⁴⁸ para remitirlo al Derecho Natural.²⁴⁹

Y, por lo que se refiere al análisis de esos dos textos en particular, hay que recordar, de entrada, que uno de ellos es un artículo aislado dentro de la obra de KANT y que el otro se encuentra dentro del capítulo de las *Metaphysische Anfangsgründe...* dedicado al Derecho Privado. ¿Cómo hacer coincidir esa referencia específica de KANT al derecho del autor como "angeborenes Recht" o "ius personalissimum"²⁵⁰ con su concepción general del derecho de la personalidad? A nuestro modo de ver, cuando KANT habla en este estrecho contexto de derecho innato o personalísimo, no lo hace en sentido estricto o técnico,²⁵¹ sino acogiéndose al valor expresivo o enfático del término.

²⁴⁸ Al que sólo incumben los derechos adquiridos en virtud de actos jurídicos.

²⁴⁹ Apoyándose en KANT, SAVIGNY excluirá a su vez lo relativo a dichos derechos innatos o de la personalidad del ámbito del Derecho Privado, remitiéndolos a la Filosofía del Derecho y al Derecho público, en cuanto a sus aplicaciones concretas (vid. STRÖMHOLM, op. cit., págs. 192, nota 48; 249; SCHEYING, op. cit., págs. 516/518; DE CASTRO, *Los llamados...* cit., pág. 1245, nota 32).

²⁵⁰ Vid. el artículo de la *Berlinische Monatsschrift...*, pág. 86 en el tomo VIII de las obras completas de KANT.

²⁵¹ Noción rigurosa que, por otra parte, ni siquiera existía en aquel momento.

Los dos pasajes de KANT que comentamos, sobre todo el artículo de 1785, corresponden a una época de franca y exacerbada apología de la libertad de imprenta, aun a costa de sacrificar por esta vía el derecho del autor sobre su obra.²⁵² KANT, con su proverbial preocupación por los deberes cívicos²⁵³ y la cultura social,²⁵⁴ se propone sobre todo con dicho artículo tomar partido en favor del autor - en realidad, más bien de su mandatario, el editor -, insistiendo, de una parte, en que es el autor quien constituye o hace surgir el derecho a publicar la obra, el libro, por ser éste producto de su esfuerzo ("ein blosser Gebrauch seiner Kräfte")²⁵⁵; y, de otra, en que, a consecuencia de lo anterior, ese derecho es en sí mismo inviolable y digno de protección, sin necesidad de apoyarse en un privilegio del soberano.²⁵⁶ Es decir, aquí la expresión "angeborenes Recht" estaría utilizada simplemente con carácter hiperbólico, para recalcar el carácter originario

²⁵² Vid. la serie de artículos de la época, en torno a dicha polémica citados en KOHLER (*Die Idee...*, pág. 187 y s.s).

²⁵³ Vid. STRÖMHOLM, op. cit., págs. 189; 245.

²⁵⁴ Cuestión esta última, por cierto, también aludida en el artículo de 1785 (vid. la referencia en pág. 85 al derecho del público a que el editor cumpla efectivamente el mandato del autor).

²⁵⁵ Vid. art. cit., págs. 80 y 86.

²⁵⁶ Con idéntica finalidad, como dejamos indicado en la Primer Parte de este trabajo y recordamos en el epígrafe anterior, había escrito FICHTE su artículo, aparecido en 1793 en la misma revista que el de KANT.

del derecho del autor y por oposición a la idea de concesión graciosa o privilegiada.²⁵⁷

En cuanto a la expresión "persönliches Recht" que se utiliza en ambos textos, está, si cabe, más lejos todavía de evocar la idea del derecho sobre la obra intelectual como derecho de la personalidad. Nos parece que, antes bien, en consonancia con la particular concepción de KANT sobre las relaciones entre autor y editor, se estaría designándolo como derecho personal o de crédito.²⁵⁸ Partiendo de que quien imprime el libro sin el beneplácito del autor hace hablar a éste contra o sin su voluntad, lo que KANT pretende señalar es que nadie tiene derecho a arrogarse esa conducta concreta del autor sin su consentimiento; y, sobre todo, no lo tiene el adquirente del libro o singular ejemplar de la obra.²⁵⁹ De

²⁵⁷ "...folglich begeht er <der Nachdrucker> an dem von dem Autor bestellten (mithin einzig rechtmässigen) Verleger ein Verbrechen der Entwendung des Vortheils, den der letztere aus dem Gebrauch seines Rechts ziehen konnte und wollte ("furtum usus"); also ist der Büchernachdruck von rechtswegen verboten" (*Metaphysische Anfangsgründe...*, pág. 290).

²⁵⁸ No está de más recordar que el pasaje de las *Metaphysische Anfangsgründe...* ("Was ist ein Buch?") se encuentra dentro de un epígrafe denominado "Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht" y que el pasaje que viene inmediatamente a continuación se refiere a la dificultad de distinguir entre derecho real y derecho personal, en relación al arrendamiento.

²⁵⁹ Ello lo expone KANT a partir del siguiente silogismo:

"Ein persönliches bejahendes Recht auf einen Andern kann aus dem Eigenthum einer Sache allein niemals gefolgert werden."

"Nun ist das Recht zum Verlage ein persönliches bejahendes Recht".

manera que, si éste, prevaliéndose de las prerrogativas derivadas de su derecho de propiedad sobre dicho ejemplar, lo reimprime, está lesionando el derecho - personal - del editor, que sí ha obtenido, en cambio, derecho a dicha conducta del autor, por la única vía legítima al efecto: el contrato celebrado con el mismo.²⁶⁰

Pero, además, hechas las pertinentes puntualizaciones en cuanto al sentido preciso de determinadas expresiones en los textos de KANT, sí hay que reconocer también que éste contribuyó asimismo a llamar la atención sobre algunos elementos de esa vertiente no patrimonial a que aludíamos como segundo aspecto negativo del derecho del autor. Así, sin ir más lejos, de la idea que constituye el núcleo de su tesis - el derecho a publicar la obra se adquiere siempre y sólo en virtud del contrato celebrado con el autor, dado que sólo en la persona de éste nace el derecho sobre la misma²⁶¹ - se desprende, de una parte, el carácter singular de la relación del autor con su obra,²⁶² y de otra, que es

"Folglich kann es aus dem Eigenthum einer Sache (des Exemplars) allein niemals gefolgert werden."

²⁶⁰ "Wer ohne einen solchen Vertrag mit dem Verfasser...verlegt, ist der Nachdrucker, welcher also den eigentlichen Verleger lädirt und ihm allen Nachtheil ersetzen muss." (art. cit., pág. 84).

²⁶¹ "...diese <Bücher> aber nur in einer Person ihr Dasein haben können. Folglich kommen diese letzteren der Person des Verfassers ausschliesslich zu..." (art. cit., pág. 86).

²⁶² Por no ser ésta una simple mercancía: "Ich glaube aber Ursache zu haben, den Verlag nicht als das Verkehr mit einer Waare...anzusehen (art. cit., pág. 79); "...ob nämlich ein Buch eine Waare sei < cuestión a la que KANT responde

privativa del autor la decisión de comunicar ésta al público, siendo la titularidad de dicha decisión inalienable,²⁶³ y transmitiéndose al editor sólo el ejercicio de la publicación (o derecho de hablar en nombre del autor).

1.2.2. Personalistas "versus" patrimonialistas

El hecho de que casi un siglo más tarde se pretendiese constituir el derecho de autor en derecho de la personalidad, a partir de estas ideas lanzadas al aire por KANT, parece, de entrada ucrónico, puesto que fueron formuladas en la coyuntura específica que antes hemos descrito, y, de esta manera, se las traslada a una época en la que los problemas son otros - ya no se discute la propia existencia del derecho -; y, además, excesivo, dado el carácter episódico que revisten en el conjunto de la obra de dicho filósofo y el sentido exacto de las mismas, tal y como hemos tratado de establecerlo.

En realidad, el mérito de KANT a este respecto consiste en haber pronunciado palabras sacramentales - "angeborenes Recht", "persönliches Recht" -. Tales fórmulas, por venir de

negativamente>... oder ob es vielmehr ein blosser Gebrauch seiner Kräfte ("opera") sei, den er andern zwar verwilligen ("concedere"), niemals aber veräussern ("alienare") kann." (art. cit., pág. 80).

²⁶³ "...und derselbe hat daran ein unveräusserliches Recht ("ius personalissimum") durch jeden andern immer selbst zu reden..." (KANT, art. cit., pág. 86).

quien venían,²⁶⁴ permitirían más tarde a determinados autores,²⁶⁵ que consideraban que las especialidades del derecho de autor eran tales que invalidaban cualquier posibilidad de hacerle sitio entre los derechos de carácter patrimonial, adscribir este derecho a una categoría en aquel entonces todavía en estado magnético: los derechos de la personalidad. Categoría, como decimos, todavía "in fieri" en el período que analizamos, tanto en cuanto a su contenido, todavía por fijar, como incluso en cuanto a su propio reconocimiento como categoría del Derecho privado.²⁶⁶

Cuando se examina la obra de los autores que optan por esta adscripción, se observa que el recurso a dicha categoría obedece antes a una preocupación sistemática y de calificación que a una verdadera noción de la naturaleza y el contenido de esos derechos de la personalidad. Así, algunos de ellos, como BLUNTSCHLI y su discípulo DAHN, introducen en sus tratados, junto a las categorías clásicas de derechos reales y de crédito, otra dedicada a los

²⁶⁴ Aunque, como decía KOHLER, "Kant war der grösste Philosoph der Neuzeit, aber kein grosser Jurist, ebenso wie es grosse Juristen gegeben hat, die keine grosse Philosophen waren (beispielsweise Savigny)." (KOHLER, *Das Autorrecht...* cit., pág. 346).

²⁶⁵ Citados en notas 194, 235 y 245.

²⁶⁶ Recuérdese (vid. notas 244 y 249) que los pandectistas - a excepción de PUCHTA - se oponían a su inclusión como categoría del Derecho Privado (vid. SCHEYING, op. cit., págs. 513 y s.s.; STRÖMHOLM, págs. 249 y s.s.). Así, dirá GIERKE: "In den Pandektensystemen wird freilich dieses Bedürfnis nicht empfunden, weil sie die dem römischen Rechte fremde Rechtsbildungen nur gelegentlich berühren" (op. cit., pág. 704, nota 7).

derechos de la persona ("Personenrechte"), donde incluyen lo relativo a los diferentes estados civiles, a las personas jurídicas y, por último, sin introducir ningún elemento de conexión o transición respecto a todo ello, lo relativo al derecho de autor.²⁶⁷

Por otra parte, no es mérito privativo de estos autores que podríamos designar como personalistas el detectar o poner de relieve las especialidades del derecho de autor. Ya hemos señalado oportunamente que existe acuerdo generalizado, al menos en cuanto a esos dos grandes elementos de carácter negativo que venimos analizando (objeto incorporeal e intereses no patrimoniales en el contenido del derecho). Si, como insistimos, se trata sobre todo de un problema de calificación, la única diferencia estriba en la importancia que se asigna a dichas especialidades: mientras los "personalistas" consideran que las mismas fuerzan en exceso las categorías clásicas del Derecho patrimonial y optan por remitirse a una categoría más "cómoda" - más flexible, por más desconocida -, hay autores que estiman que la concurrencia de esos rasgos diferenciadores en el derecho sobre los productos del ingenio impide, desde luego, su

²⁶⁷ Vid. p. ej. el índice del *Deutsches Privatrecht* de Felix DAHN, quien dedica dentro de dicha obra el Libro II al derecho de la persona ("Personenrecht"), estructurándolo del siguiente modo: Introducción, en el primer capítulo de dicho Libro; persona natural y modificaciones del derecho de la persona (estados civiles), en el segundo capítulo; persona jurídica en el capítulo tercero; y derecho de autor en el capítulo cuarto, sin que se indiquen las razones de dicha adscripción. El Libro III de dicha obra se dedica al derecho de cosas ("Sachenrecht") y el IV al derecho de crédito ("Forderungsrecht").

consideración como propiedad, pero no como derecho patrimonial "sui generis".²⁶⁸

Y, además, también de modo generalizado y al margen del encuadre que en cada caso se asigna al derecho, se sacan ciertas consecuencias o se señalan ciertas situaciones en que el derecho del autor sobre su obra, en base a esas especialidades, merece un trato singular. Fundamentalmente, se pone siempre de relieve - tal y como había hecho KANT - el carácter privativo de la decisión de publicar,²⁶⁹ - avalado por el §5 a) de la "Reichsgesetz" de 1870, que proscribía la reproducción de obras inéditas sin el

²⁶⁸ Así, KLOSTERMANN que, aun reconociendo la falta de objeto corporal del derecho, considera que el carácter absoluto del mismo permite incluirlo entre los derechos reales (op. cit., pág. 114); DERNBURG lo sitúa entre los "Gewerberechte" (op. cit., pág. 717), categoría de perfiles difusos y a la que se caracteriza sobre todo por reservar una parcela de actividad al titular del derecho y por el contenido eminentemente negativo o excluyente del mismo; en el caso concreto del "Urheberrecht", puntualiza DERNBURG que el contenido patrimonial característico del derecho (pág. 720: "Es gehört demgemäss zu den Vermögensrechten, da sein Hauptinhalt ein wirtschaftlicher ist") no está reñido con la consideración de intereses "de signo distinto" (pág. 720).

DAMBACH, redactor de la "Reichsgesetz" de 1870 relativa a las obras escritas, aun considerándolo como derecho patrimonial sin más precisiones, puntualiza que no es exclusivamente patrimonial, puesto que "das Gesetz auch die persönlichen Interessen des Urhebers schützt..." (op. cit., págs. 12-13).

²⁶⁹ Así lo entendió DAMBACH, uno de los principales redactores de la "Reichsgesetz" de 1870: "...das Gesetz...<verbietet>jede Publikation des Werkes wider seinen Willen..." (DAMBACH op. cit., pág. 13). Vid. también ORTLOFF, op. cit., pág. 320; DAHN op. cit., pág. 46; KLOSTERMANN op. cit., pág. 373; DERNBURG págs. 720, nota 3; 739.

consentimiento de su autor²⁷⁰ - de la que se deduce una consecuencia trascendental a efectos prácticos: el carácter inembargable del derecho sobre la obra. Unánimemente²⁷¹ se considera que la decisión de dar por terminada la obra y publicarla es incoercible.²⁷² Las únicas discrepancias a este respecto giran en torno a si ello es sólo aplicable a la obra inédita o incluso también a la obra publicada, de manera que el autor ni siquiera podría ser obligado por sus acreedores a realizar nuevas ediciones de la misma.²⁷³

²⁷⁰ Se verá, en cambio, la deficiente protección de la obra inédita en la Ley española de 1879 (vid. nuestro estudio de la "obra" protegida en los capítulos que dedicamos a la Ley de 1879).

²⁷¹ "Car même chez les auteurs hostiles aux théories "personnalistes", c'est le caractère particulier du droit d'auteur ou les intérêts spéciaux engagés qui les décident à nier la saissibilité du monopole" (STRÖMHOLM, op. cit., pág. 253).

²⁷² "Hierüber ist man im Wesentlichen einig" (GIERKE, op. cit., pág. 813, nota 39). Así, DAMBACH: "...dass der Urheber nicht wider seinen Willen zur Herausgabe eines Werkes im Wege der Exekution gezwungen werden könne" (op. cit., pág. 13); DERNBURG: "Dagegen nimmt man gewöhnlich eine weitgehende Exemption des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts von der Exekution an." (op. cit., pág. 740, nota 12); KOHLER: "...dass das Individualrecht des Autors der Exekution entgegenstehe" ("Die Idee... cit., pág. 228).

²⁷³ Así lo entiende, p. ej., GIERKE (op. cit., pág. 813). Sin embargo, los autores que consideran - aun sin desconocer otro tipo de intereses - que el contenido patrimonial del derecho es el definitorio entienden que, después de una primera publicación, el derecho es ya ejecutable y pueden imponerse al autor nuevas ediciones. Así, DERNBURG: "Neue Auflagen werden die Gläubiger hiernach veranstalten können" (op. cit., pág. 740, nota 12); KOHLER: "...solange der Autor das Werk nicht durch einen Publikationstat definitiv der Öffentlichkeit bestimmt hat; daß aber von diesem Moment an die Exekution gestattet sei und gestattet sein müsse." (Die Idee... cit., pág. 228).

2. Las construcciones alternativas a la "geistiges Eigentum"

Hemos ido poniendo de relieve hasta aquí cómo iban señalándose rasgos específicos del derecho sobre la obra intelectual, sin que de la suma de todos ellos resultase la consideración de la institución con carácter unitario y autónomo ni, por consiguiente, se hubiese llegado a formular una construcción alternativa a la de la propiedad del autor. Ello no se produce hasta las dos últimas décadas del siglo XIX,²⁷⁴ con la teoría de los bienes inmateriales de Josef KOHLER y la construcción del derecho de la personalidad de Otto von GIERKE, que se centran respectivamente en cada uno de éstos dos grandes rasgos negativos del derecho de autor que hemos puesto de relieve: en el carácter incorporeal del objeto, KOHLER y en el carácter extrapatrimonial de la relación entre el autor y su obra, von GIERKE.

2.1 El derecho sobre bienes inmateriales

Comunmente se atribuye a Josef KOHLER²⁷⁵ el mérito de la elaboración de una categoría autónoma y de una definición en positivo del derecho de autor, como derecho patrimonial,

²⁷⁴ De 1880 data el *Autorrecht* de KOHLER, si bien la formulación definitiva de su teoría de los *bienes inmateriales* se recoge en otra obra, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, de 1906. La primera edición del *Deutsches Privatrecht* de von GIERKE data de 1895.

²⁷⁵ Josef KOHLER (1849-1919). Sobre la figura de KOHLER, vid. SPENDEL, Günther, *Josef KOHLER. Bild eines Universaljuristen*, Heidelberg 1983. Vid. asimismo KLEINHEYER, Gerd y SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg 1989 (3. Auflage), pág. 348, apdo. 60.

emancipado del de propiedad - a partir de una exposición sistemática de las diferencias entre uno y otro, pero sin olvidar el sustrato común entre ambos²⁷⁶ - y de la definición de su objeto como bien inmaterial.²⁷⁷

En el epígrafe siguiente, analizamos la construcción de von GIERKE. Si no procedemos en paralelo exponiendo la tesis de KOHLER es, porque, como indicábamos al inicio de este capítulo, se ha prescindido de un estudio de las posiciones teóricas en sí mismas. Si nos detenemos en la tesis de von GIERKE es por ese aludido propósito de contraste con el texto legal español de 1879 - que, como se verá, margina los intereses personales del autor en su obra - y la doctrina en torno a él desarrollada. No se suscita, en cambio, tal contraste respecto a la construcción de KOHLER,²⁷⁸ puesto

²⁷⁶ Vid. BAPPERT, op. cit., pág. 292.

²⁷⁷ Si la influencia de FICHTE contribuye primordialmente a la definición del objeto, la influencia de SCHOPENHAUER sirve, en cambio, a KOHLER para la calificación del mismo como "Immaterialgut": el propio SCHOPENHAUER utiliza esta expresión en la obra *Neue Parerga und Paralipomena*, 1851, §270 (la obra en cuestión no figura en las ediciones de obras completas de SCHOPENHAUER que hemos manejado; nos regimos entonces por un fragmento de la misma que transcribe el propio KOHLER en su *Deutsches Patentrecht*, edición de 1878, págs. 10-11).

²⁷⁸ El contraste es aún menor si - como hacen algunos especialistas del "Urheberrecht" - se considera a KOHLER un continuador de la construcción de la "geistiges Eigentum" que adapta dicha tesis a las peculiaridades que ofrece un objeto incorporeal. Así, ULMER, op. cit., pág. 112; y, sobre todo BAPPERT, op. cit. pág. 294: "Kohler hat die mehr gefühlsmässig* erfaßte Lehre vom geistigen Eigentum zur wissenschaftlich begründeten Theorie vom Immaterialgüterrecht entwickelt und damit die Grundlage für das moderne Urheberrecht geschaffen."

Vid. también la defensa que realiza el propio KOHLER de la "geistiges Eigentum", frente a los ataques de autores

que, aunque tardía, tendrán sus tesis cierta resonancia en nuestro ámbito, sobre todo cuando en las postrimerías del régimen de 1879 se intente uncir al carro del derecho sobre bienes inmateriales la categoría autóctona de las llamadas "propiedades especiales".²⁷⁹

Por otra parte, la construcción de von GIERKE no llegará nunca a quedar plasmada en un texto legal: a partir del siglo XIX tenderán casi todas las modernas leyes del derecho de autor (y también los convenios internacionales, a partir del siglo XX)²⁸⁰ a reconocer cada vez mayor protagonismo a la protección de los intereses personales del creador en su obra, pero ninguna ley adscribirá, como propugna von GIERKE, el entero contenido del derecho de autor a la categoría de los derechos de la personalidad. Las tesis de KOHLER encontrarán, en cambio, refrendo positivo a principios del siglo XX,²⁸¹ en las Leyes alemanas de 1901 y

"personalistas" (*Die Idee...*, cit., págs. 197; 225-227).

* El subrayado es mío.

²⁷⁹ Vid. infra LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL.

²⁸⁰ Véase infra la mención de la Conferencia de Roma de 1928, que introduce en el Convenio de Berna el art. 6bis, sede del llamado derecho moral de autor, y el estudio de sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español.

²⁸¹ Si bien data de 1880 su monografía *Das Autorrecht...* - monografía extensa e inextricable: es una obra de más de trescientas cincuenta páginas sin un solo epígrafe; por eso se la cita poco -, la verdadera divulgación de sus tesis se verá facilitada por una obra posterior (*Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907), que las

1907 y es en relación a ellas que ha de verse la influencia de sus tesis.²⁸²

2.2. El derecho de autor como uno de los derechos de la personalidad

A Otto von GIERKE²⁸³ se debe la verdadera y acabada formulación del derecho de autor como derecho de la personalidad, con lo cual no sólo se produce por primera vez una opción clara y en sentido afirmativo en cuanto a la naturaleza de dicho derecho - es decir, a diferencia de lo visto hasta ahora, no se limita GIERKE a adscribir dicho derecho "incómodo" a una categoría vacía -, sino que la propia especie de los derechos de la personalidad adquiere a partir de GIERKE perfiles propios. Es decir, ya de entrada podemos indicar como su primera aportación o innovación, que GIERKE no se limita a señalar que el derecho de autor es un *derecho de la personalidad*, sino uno de los *derechos de la personalidad*.

expone de modo más sistemático.

²⁸² Dada la influencia de dichas Leyes en la configuración actual de las "formas de explotación", tanto en la vigente Ley alemana de 1965, como - a través de ella - en nuestra LPI de 1987, habrá oportunidad suficiente de poner de relieve las aportaciones de KOHLER, cuando procedamos al estudio pormenorizado de dichas formas de explotación.

²⁸³ Otto von GIERKE (1841-1921). Sobre la figura de von GIERKE y su influencia en el pensamiento jurídico germánico, vid. KLEINHEYER/SCHRÖDER, op. cit., págs. 96-101.

El esfuerzo de GIERKE²⁸⁴ estriba en llenar de contenido dicha categoría, estableciendo un catálogo de bienes de la personalidad ("Persönlichkeitsgüter")²⁸⁵ o partes destacadas de la esfera personal del individuo, y seleccionando, para cada una de ellas, las facetas cuya protección incumbe al Derecho privado. Se trata en algunos casos, como pone de relieve von GIERKE, de bienes ya protegidos por el Derecho público, pero, hay una serie de aspectos, relativos a esos

²⁸⁴ Al margen de su esfuerzo por distinguir entre el derecho general de la personalidad y los derechos de la personalidad, lo que constituye, según se ha dicho (SCHEYING op. cit., pág. 524; DE CASTRO, op. cit., pág. 1253), la parte más frágil de su construcción, por lo inoperante de dicha distinción fuera del terreno estrictamente dogmático y, en definitiva, por la falta de sustantividad de ese derecho general de la personalidad, ya que, al fin y al cabo, dentro del mismo incluye von GIERKE lo relativo a la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas.

²⁸⁵ von GIERKE, op. cit., pág. 705.

bienes, que el Derecho público no cubre,²⁸⁶ cuya suma compone una categoría específica dentro del Derecho privado.²⁸⁷

Por lo que hace al derecho de autor en concreto, GIERKE afirma por primera vez la unidad en el contenido de dicho

²⁸⁶ "Der Staat schützt sie in erheblichem Umfange durch die Strafrechtsordnung und gewährt ihnen zugleich in mannichfacher Weise seinen Verwaltungsschutz...Wo der staatliche Schutz versagt..." (GIERKE, op. cit., págs. 705-706).

Para cada uno de los bienes de la personalidad, señala GIERKE qué aspectos incumben al Derecho Privado (vid. op. cit., págs. 709-717). Así, serían éstos, para los bienes jurídicos primarios (que son el objeto de los "oberste Persönlichkeitsrechte") vida, honor e integridad física, las obligaciones de reparación derivadas de la infracción de los mismos; para el bien jurídico libertad, las restricciones del ejercicio de la misma a que voluntariamente, mediante la celebración de negocios jurídicos (v. gr., arrendamiento de servicios) se somete el propio individuo. Por otra parte, incluye asimismo en el haz de derechos de la personalidad los derivados de la pertenencia a un estado o categoría de personas -ya sea por nacimiento (la nobleza) o con carácter adquirido (la pertenencia a una confesión religiosa)-, en la medida en que garantizan a la misma una posición jurídica singular en sus relaciones individuales que ha de ser respetada por todos. A continuación, se refiere al derecho al libre ejercicio de una actividad, que tendría como manifestaciones de Derecho privado, p. ej. el derecho a la clientela y los del monopolio de una determinada actividad económica (en lo que a éstos últimos se refiere son derechos de la personalidad, puesto que amplían la esfera personal de su titular a costa de una restricción de la libertad general). También constituyen una clase de derechos de la personalidad los derechos sobre los signos externos de la personalidad (nombre y signos comerciales). Y, por último, sin indicar en sede general de los derechos de la personalidad el fundamento o razón de ser de los mismos - como ha ido haciendo con los anteriores - ni vincularlos con los otros bienes de la personalidad contemplados previamente, se refiere GIERKE a los derechos sobre las producciones del espíritu, de los que dice simplemente en este apartado que merecen "nähere Erörterung", dedicándoles efectivamente un capítulo específico.

²⁸⁷ "Die Persönlichkeitsrechte müssen daher auch begrifflich heute als eine eigene Kategorie der besonderen Rechte anerkannt werden und fordern gebieterisch die ihnen gebührende Stelle im System" (op. cit., pág. 704).

derecho; parte de la afirmación del derecho de autor como derecho de la personalidad en su conjunto.²⁸⁸ Mientras el modo de proceder frente a dicho derecho había sido hasta ahora el de la disección, a GIERKE se debe la reconstrucción del mismo. En sentido inverso a los autores "personalistas", no se ciñe a poner de relieve los intereses no patrimoniales del autor en su obra,²⁸⁹ sino que, partiendo del propio objeto del derecho,²⁹⁰ de la obra como uno de los "Persönlichkeitsgüter"²⁹¹ de su autor - en tanto que exteriorización de su espíritu -, explica el porqué de esos

²⁸⁸ "Das Urheberrecht ist somit in seinem ganzen Umfange als ein aus geistiger Schöpfung fliessendes Persönlichkeitsrecht zu konstruieren." (op. cit., pág. 764).

²⁸⁹ Así lo hace constar GIERKE, que reprocha a las anteriores construcciones personalistas de autores como BLUNTSCHLI, DAHN y ORTLOFF haber ofrecido amplia superficie de ataque a sus adversarios - es decir, los partidarios de la adscripción patrimonial del derecho -, por la falta de claridad en cuanto a la naturaleza del derecho y por haber desatendido el objeto del mismo (von GIERKE, op. cit., pág. 765).

²⁹⁰ A pesar de que GIERKE considera asimismo que fue KANT el primero en referirse al derecho del autor como derecho de la personalidad (GIERKE, op. cit., pág. 764), su línea de razonamiento está mucho más cerca de HEGEL, puesto que dicho filósofo había extraído asimismo, del propio objeto del derecho, determinados aspectos del contenido personal del mismo, en concreto, la facultad del autor de introducir, de por vida, modificaciones en la propia obra: "Er hat mit dem produzierten* Werk seine Vorstellungsweise, seinen Geist, seine Gedanken, sich selbst gezeigt für Andere, seine Subjektivität. Und wie er sich zeigt ist es ein Gebilde worin er sich gegeben hat, woran er noch ändern kann, solange er lebt hat er noch nicht das letzte Wort gesprochen (vid. HEGEL, *Vorlesungen...* cit., tomo IV, pág. 236).

* "produzierten", por "produzierten".

²⁹¹ "Das Urheberrecht ist ein Persönlichkeitsrecht, dessen Gegenstand ein Geisteswerk als Bestandtheil der eigenen Persönlichkeitsphäre bildet." (op. cit., pág. 756).

intereses,²⁹² que forman parte de un derecho que otorga al autor el señorío exclusivo sobre dicho bien de su esfera personal.

La facultad primaria y matriz de ese derecho es la de disposición de la obra,²⁹³ que consiste en el poder de decidir si, - y cuándo y cómo - ese producto del espíritu ha de desprenderse de la persona de su autor.²⁹⁴ Si dicha decisión se adopta en sentido positivo - decidiendo divulgar la obra - el derecho del autor experimenta necesariamente una compresión en su contenido²⁹⁵ - ya que la obra se separa así hasta cierto punto de la persona de su autor, y, además, la comunidad adquiere desde ese momento cierto derecho sobre ella, de manera que a partir de entonces se hace necesario deslindar el derecho del autor y el común sobre la obra²⁹⁶ -. Subsiste aun así la facultad de disposición (sobre todo por

²⁹² Sin añadir en cuanto a las características del derecho que se habían venido señalando con anterioridad nada sustancialmente nuevo. Lo que ocurre es que la explicación unitaria de GIERKE sirve para asignar a cada cosa - en concreto, a las distintas facultades que otorgan las leyes de 1870/76 - su lugar.

²⁹³ Op. cit., pág. 766.

²⁹⁴ Este poder no es distinto de la decisión privativa en cuanto a la comunicación de la obra que a partir de KANT habían ido poniendo de relieve todos los autores (vid. nuestras págs. 157 y s.s.).

²⁹⁵ Págs. 767; 789.

²⁹⁶ Por ejemplo, en cuanto a su posible utilización para realizar a partir de ella nuevas creaciones originales (págs. 767; 795 y 799).

lo que hace a decisiones sobre sucesivas divulgaciones), porque subsiste también el vínculo subjetivo entre el autor y su obra. Dicha facultad es en sí misma inalienable; sólo se transmiten facultades parciales del ejercicio de la misma, que, a imagen y semejanza del derecho de propiedad, se consolidan, una vez extinguidas, en el derecho madre, haciendo recobrar a éste su plenitud,²⁹⁷

A partir de esa facultad de disposición, se explican todos los demás elementos del contenido del derecho, tanto de carácter positivo como negativo - es decir, poderes tendentes a llevar a cabo por sí mismo actividades de divulgación de la obra²⁹⁸ y los tendentes a impedir a otros esos mismos actos²⁹⁹ -; tanto de carácter personal como patrimonial, dado que, en efecto, a partir del momento en que el autor decide dar a conocer su obra divulgándola, desarrolla su derecho un contenido de carácter patrimonial,³⁰⁰ puesto que se abre así la posibilidad de

²⁹⁷ Op. cit., pág. 708: "...und zu seinem Mutterrechte in einem ähnlichen Verhältnisse steht, wie ein begrenztes dingliches Recht zum Eigenthum"; pág. 809: "Die Substanz des Urheberrechts bleibt stets beim Urheber zurück. Sobald daher ein von ihm veräußertes Recht erlischt, wachsen die weggegebenen urheberrechtlichen Befugnisse dem Urheber von selbst wiederum zu."

²⁹⁸ Las posibles actividades sobre la obra se enumeran en la obra de GIERKE, parece que sin ánimo exhaustivo, en págs. 789 y s.s. y son - con reparos, como ya veremos - las de las leyes de 1870/76.

²⁹⁹ Op. cit., pág. 789.

³⁰⁰ "Das Urheberrecht kann sich jedoch unbeschadet seines personenrechtlichen Kernes zugleich zum Vermögensrechte entfalten" (op. cit., pág. 766); "Das Verlagsrecht bleibt

obtener ganancias de la misma; con carácter originario el derecho sobre las mismas incumbe sólo al autor, de manera que cualquier tercero que pretenda un derecho pecuniario sobre la obra habrá de traer causa del autor.³⁰¹

También la duración limitada del derecho encaja perfectamente en el sistema de GIERKE: no se trata de un derecho perpetuo - y la norma positiva se limita en este punto, según GIERKE, a regirse por la propia naturaleza del derecho³⁰² - dado el carácter perecedero de las relaciones entre el autor y su obra.³⁰³ Trás la muerte del autor, los días del derecho están contados y si no se extingue ya entonces es³⁰⁴ en beneficio de los allegados al autor ("seine Angehörige") que, por su proximidad a la esfera personal de

Ausfluss des Urheberrechts, wie der väterliche Niessbrauch Ausfluss der väterlichen Gewalt..." (op. cit., pág. 706, nota 12).

³⁰¹ Op. cit., pág. 766.

³⁰² Op. cit., pág. 762.

³⁰³ En el capítulo dedicado a los derechos de la personalidad en general, no introduce GIERKE ningún tipo de explicación en cuanto a la distinta duración de unos y otros de esos derechos; se limita a constatarla, reconociendo que no todos ellos decaen con el sujeto portador y que, por el contrario, se extinguen algunos antes de la muerte del mismo (op. cit., pág. 708).

³⁰⁴ Además de porque, "in Folge der Zerbrechlichkeit des menschlichen Daseins", las condiciones de su disfrute serían entonces sumamente aleatorias (op. cit., pág. 768).

éste, todavía han de tener un cierto poder de disposición sobre la obra, aunque limitado temporalmente³⁰⁵.

Podría señalarse como principal mérito del intento de explicación de GIERKE, además del de haber puesto de relieve la importancia de los intereses de carácter ideal del autor y de haber conseguido calificarlos jurídicamente, asignándoles un lugar en el sistema del Derecho privado, el que, ya dentro de la propia institución, su configuración unitaria del derecho consigue dotar de sentido a los distintos elementos del mismo.

Sin embargo, precisamente por ese carácter global y lineal de la explicación, por lúcida y coherente que ésta sea en abstracto, se echa en falta, en ocasiones, que lo que parecen intuiciones geniales de GIERKE sea contrastado, de forma apurada, con el estado del Derecho positivo. Se detectan, en efecto, determinados puntos de fricción con respecto al mismo, sin que GIERKE se preocupe en explicar o justificar el porqué de dichas discrepancias. Sin ir más lejos, determinadas facultades sobre la obra que GIERKE considera que corresponden de modo originario al autor no se le reconocen o no se le reconocen incondicionadamente en las leyes de 1870 y 1876.³⁰⁶ Tampoco se deja arredrar GIERKE,

³⁰⁵ "...das Gesetz will den Autor in der nächsten Generation der Erben noch fortleben lassen." (op. cit., pág. 768, nota 73).

³⁰⁶ Así, la facultad de traducción que GIERKE considera propia del autor sólo se le reconoce a éste en la Ley de 1870 si se la ha reservado expresa y formalmente (§6 c) "Reichsgesetz" de 1870). Y en cuanto a la facultad de

por ejemplo, en su explicación de la duración limitada del derecho, basada exclusivamente en la vinculación de la obra con la persona de su autor, por el hecho de que las distintas legislaciones concedan plazos de duración diferentes, algunos de ellos desvinculados de la duración de la vida del autor.³⁰⁷

La crítica más generalizada que se hace a la construcción de GIERKE es su carácter excesivamente unilateral - análisis de todos los fenómenos desde la perspectiva de los intereses ideales del autor - y el escaso desarrollo en la misma de la vertiente patrimonial de la obra y el derecho.³⁰⁸ Es cierto que la obra está vinculada a la persona de su autor, pero también lo es que cobra existencia independiente de aquél,³⁰⁹

exposición pública de la obra plástica, que señala también GIERKE como privativa del autor, no está contemplada entre las que la "Reichsgesetz" de 1876 reconoce al autor, sino que incluso parece negársele, dado que el §8, II de la misma establece que el propietario del original de la obra plástica no está obligado a poner el mismo a disposición del autor o su causahabiente a efectos de ejercicio de su derecho.

³⁰⁷ "Doch wird es auch dadurch nicht verdunkelt, dass ausnahmsweise theils der Bestand eines Urheberrechtes überhaupt theils dessen Schutz in einer bestimmten Richtung durch einen unabhängig von der Lebensdauer des Urhebers abgemessenen Zeitraum begrenzt wird." (op. cit., pág. 769).

³⁰⁸ Vid. ULMER, op. cit., pág. 111; STRÖMHOLM, op. cit., pág. 330; HUBMANN, Heinrich, *Urheber- und Verlagsrecht*, op. cit., pág. 20.

³⁰⁹ Como señala ULMER, refiriéndose a la rigidez del vínculo autor-obra en GIERKE: "Das Verhältnis des Urhebers zum Werk ist nicht das Verhältnis zu sich selbst, sondern das Verhältnis zu einem geistigen Kinde, das seine eigene Bestimmung und seine eigenen Schicksale hat." (op. cit., pág. 111).

no sólo a partir de la publicación, sino ya incluso desde el momento de la creación -como exteriorización del pensamiento que puede ser objeto de derecho -. Y, además, la obra es asimismo un bien patrimonial y, como tal, funciona en el tráfico con autonomía. La concepción de GIERKE del derecho patrimonial o de los aspectos patrimoniales del derecho del autor como aspecto o aspectos secundarios olvida, cuando menos, que, históricamente, los primeros intentos de articular el derecho de dicho sujeto iban destinados a proteger ese tipo de intereses.³¹⁰

³¹⁰ Y, en realidad, así lo reconoce el propio von GIERKE sin paliativos (op. cit., pág. 759).

CAPITULO SEGUNDO

LA LEY DE 1879

I. SU ELABORACION

A los treinta años de vigencia de la Ley sobre propiedad literaria de 1847, en 1876, un grupo de intelectuales españoles (entre ellos, el poeta Gaspar NUÑEZ DE ARCE y el político y ensayista Emilio CASTELAR),³¹¹ que a la vez eran Diputados del Parlamento español,³¹² elevan al Congreso de los Diputados una Proposición de Ley, elaborada por el jurista y Vocal de la Comisión General de Codificación, Manuel DANVILA COLLADO (1830-1906),³¹³ con el sólo propósito

³¹¹ El primero de ellos, Presidente de la "Asociación de Escritores y Artistas españoles"; miembros ambos del Comité de Honor de la "Asociación Literaria y Artística Internacional", fundada por Victor HUGO a partir del Congreso internacional literario celebrado en París en junio de 1878, con motivo de la Exposición universal (vid. *Association littéraire et artistique internationale. Son histoire-Ses travaux. 1878-1889*, París 1889)

Vid. asimismo la reseña que sobre otro de los Congresos de dicha Asociación, el de Madrid de 1887, realiza José MALUQUER y SALVADOR en tres artículos de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (vid. MALUQUER y SALVADOR, José, «Congreso internacional de 1887 para la protección de la propiedad literaria y artística», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1887, tomo 71, págs. 495 y s.s. y 626 y s.s.; 1888, tomo 72, págs. 57 y s.s.).

³¹² "Nuestra ley...Correspondió a tiempos en que la política fraternizaba con las letras y, por ello, los legisladores, en su calidad de autores o poetas sentían como propia la legítima aspiración de amparar las obras del ingenio." (FORNS, José, «Temas de propiedad intelectual. Fuerza obligatoria del Registro» en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 640/645).

³¹³ Contiene una breve biografía de DANVILA la obra cit. de LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, tomo 3 (Procedimiento penal), Madrid 1945, pág. 249, nota 12.

de convertir la propiedad intelectual o derecho de los autores en derecho de carácter perpetuo.³¹⁴

Resulta que, a la hora de la verdad, cuando ya se había presentado el Proyecto a la Cámara y se había consultado a los sectores sociales implicados (otros autores españoles, figuras de la vida pública cultural española y juristas de reconocido prestigio)³¹⁵, hubo que dar marcha atrás, porque en el último momento, los Ministros del ramo - de Justicia y, sobre todo, el de Fomento, conde de TORENO³¹⁶ - hicieron saber a ese grupo de Diputados que no era del agrado del Gobierno que se regulase como perpetua la propiedad intelectual, de manera que éstos, sin esperar a la decisión del Parlamento y dejándose así presionar, incorporaron en el último momento al Proyecto inicial un plazo de duración del derecho (vid art. 6 de la Ley de 1879).^{317 318}

³¹⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1876, nº. 116, de 6 de noviembre.

³¹⁵ Entre los últimos, Manuel COLMEIRO, José VICENTE y CARAVANTES y Benito GUTIERREZ (vid. en DANVILA COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid 1882, pág. 201, la crónica de la sesión de consulta celebrada por dicha comisión parlamentaria).

³¹⁶ El Ministro de Fomento, C. Francisco QUEIPO DE LLANO, conde de Toreno, es hijo del también conde de Toreno que, como Diputado de las Cortes de Cádiz, intervino durante la discusión del Decreto de 1813, relativo a la propiedad de los autores, aprobado por dichas Cortes (vid. *supra* en la Segunda Parte de este trabajo el epígrafe relativo a los "Precedentes" de la Ley sobre propiedad literaria de 1847).

³¹⁷ Vid. el Dictamen de la Comisión del Congreso sobre la Proposición de Ley inicial (Diario de Sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al nº. 49, de 4 de enero).

³¹⁸ El Proyecto Danvila pasó, después de presentado al Congreso, al trámite de Comisión dictaminadora del Congreso - de la que formaban parte prácticamente los mismos Diputados que lo habían presentado como Proposición de ley -; el Dictamen de dicha Comisión no introdujo modificaciones sustanciales respecto a la proposición inicial y fue aprobado sin discusión por el Pleno de la Cámara. Acto seguido pasó a la Comisión del Senado, que, aunque escasas, introdujo algunas modificaciones que contribuyeron a mejorar el Proyecto, y a las que se hará referencia en el lugar correspondiente. El Dictamen de la Comisión del Senado fue discutido por el Pleno de la Cámara durante una única sesión y, por diferencias entre los propios Senadores, se decidió constituir una Comisión mixta Congreso-Senado, de la que salió, con sólo algunos cambios de redacción, el texto definitivo, promulgado el 10 de enero de 1879 (las fechas y nqs. de Diario de Sesiones se citan al comentar los escasos preceptos que sufrieron alguna modificación desde la Proposición de Ley inicial).

II. CARACTERISACION GENERAL

A pesar de quedar así frustrada la finalidad que la había hecho surgir, la Ley de 1879 representa ciertos avances³¹⁹ respecto a la Ley de 1847, y, sobre todo, evidencia y se inscribe en una nueva época en la consideración del derecho de autor.³²⁰

A partir de este momento, se pretende que el recurso a la expresión "propiedad del autor" no constituya pura fórmula, sino que se quiere extraer verdaderas consecuencias jurídicas de la misma, fundamentalmente la absoluta equiparación al derecho de propiedad ordinaria sobre bienes

³¹⁹ Internacionalmente se la saludó en su tiempo como uno de los textos más liberales del momento: "Prenant pour texte une loi toute récente, qui a eu l'initiative et l'honneur de cette déclaration libérale de la presque pérennité des propriétés de l'esprit, nous avons demandé, avec le législateur espagnol...la loi récemment voté, laquelle est l'oeuvre la plus libérale qui existe actuellement..." (vid. *Journal du Droit international privé*, 1879, págs. 471 y 475, que transcribe una carta de la "Société des gens des lettres" al ministro de Asuntos Exteriores francés).

³²⁰ El contraste entre los dos períodos que configuramos se pone de relieve confrontando las conclusiones del ya citado Congreso de París de 1878 (vid. nota) con las del primer Congreso de la propiedad literaria y artística, celebrado en Bruselas en 1858 (vid. MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 71, pág. 504). Mientras que dicho Congreso se clausuró proclamando "la propiedad temporal y limitada del autor sobre sus obras" - lo cual no dejaba de representar un verdadero paso al frente, si se piensa que todavía estaba en juego la existencia del derecho -, fueron las principales conclusiones del Congreso de París:

"Le droit de l'auteur sur son oeuvre constitue, non une concession de la loi, mais une des formes de la propriété que le législateur doit garantir".

"Le droit de l'auteur, de ses héritiers et de ses ayants cause est perpétuel".

materiales, sobre todo en cuanto a la perpetuidad y garantías del mismo.

Ateniéndonos a las manifestaciones del propio artífice de la Ley, Manuel DANVILA COLLADO, las conclusiones del Congreso internacional literario de París de 1878³²¹ constituyen el generador de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879; la consideración, en definitiva, de que "la propiedad intelectual y la material, son aplicaciones de una misma idea, la idea general y abstracta de la propiedad".³²²

Aun así, las especialidades del derecho de autor, que de modo tan escrupuloso y depurado iban poniéndose de relieve en ese último tercio del siglo XIX³²³, no fueron por completo ignoradas en nuestro ámbito. Antes bien, por lo que hace al carácter incorporeal del objeto del derecho de autor y a la emancipación del derecho sobre ese objeto, la obra en sí, respecto al derecho que recae sobre el objeto físico que constituye su soporte, contiene nuestra Ley una declaración que no se encuentra en otros textos del Derecho comparado de aquel momento.³²⁴ Nos referimos a la declaración de su art.

³²¹ Vid. nota anterior.

³²² Vid. DANVILA, op. cit., págs. 69-70; pág. 593.

³²³ Vid. nuestro anterior capítulo, relativo a la "EPOCA" de la Ley de 1879.

³²⁴ En la legislación francesa, p. ej., no se formula una declaración parecida sino bastante después, por Ley de 9 de abril de 1910 relativa "à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des oeuvres d'art".

9º., que pretende dejar a salvo el derecho del autor de una "obra de arte" frente al adquirente de su soporte material: "La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a su derecho-habiente."³²⁵

Al parecer, si nuestra Ley contiene tal declaración, es porque también constituía una de las conclusiones del referido Congreso literario de París de 1878.³²⁶

Sí, en cambio, en la "Reichsgesetz" de 1876, relativa al derecho de autor sobre obras plásticas ("Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste", vom 9. Januar 1876). Vid. así su §8 I: "Wenn der Urheber eines Werkes der bildenden Künste das Eigenthum am Werke einem Anderen überlässt, so ist darin die Übertragung des Nachbildungsrechts fortan nicht enthalten, bei Portraits und Portraitsbüsten geht dieses Recht jedoch auf den Besteller über". El citado precepto de la Ley alemana de 1876 representa, pues, una superación de lo que había mantenido a este mismo respecto la Ley prusiana de 1837 (vid. su §26, referido supra en la última nota del epígrafe II,2 "LA NOCION DE OBRA PROTEGIDA EN LA LEY DE 1847").

³²⁵ Compárese esta declaración de la Ley de 1879 con lo expuesto supra en relación a la anterior Ley de 1847 (vid. los epígrafes I, 2. CARACTERIZACION GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE 1847; II, 2. LA NOCION DE OBRA PROTEGIDA EN LA LEY DE 1847; y III, 2.2.2. El derecho de exhibición pública de obras de arte).

³²⁶ Así lo indica MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 72, pág. 72 y lo confirma el hecho de que no figuraba la declaración del art. 9º. en la Proposición inicial de Ley presentada por DANVILA al Congreso de los Diputados en noviembre de 1876; tampoco figuraba la misma en el Proyecto salido del Congreso en enero de 1877 y sí, en cambio, estaba ya ese art. 9º. en el Proyecto presentado por la Comisión del Senado al Senado en diciembre de 1878, después, por tanto, de haberse celebrado el Congreso internacional literario que tuvo lugar en París en junio de 1878.

En cuanto al otro flanco de la "especialidad" del derecho,³²⁷ la existencia de intereses no patrimoniales del autor en su obra,³²⁸ existe un tenue reconocimiento de los mismos, más que en la Ley, en el Reglamento dictado después en ejecución de la misma (vid. R.D. de 3 de septiembre de 1880. Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual).³²⁹

Pero, si bien se detectan también en nuestro ámbito esas notas especiales del derecho de propiedad intelectual, el modo de proceder respecto de ellas es totalmente distinto; antes que sacar consecuencias de las mismas a efectos de nueva adscripción del derecho, se pretende, por el contrario, obviarlas con el fin de poder seguir manteniendo la consideración del derecho de autor como propiedad. El único problema dogmático en nuestro ámbito, entre los

³²⁷ Vid. también al respecto el capítulo anterior.

³²⁸ "Desde luego la propiedad intelectual tiene dos aspectos diferentes que no pueden desconocerse: el aspecto del lucro y el de la gloria; cuando la propiedad común ú ordinaria no tiene más que uno." (así Leopoldo Augusto de CUETO, marqués de VALMAR, de la Comisión del Senado que dictamina sobre el Proyecto de Ley de propiedad intelectual. Vid. el Diario de Sesiones del Senado de 1878, n.º 106, de 16 de diciembre, pág. 1939).

³²⁹ Como ya indicaremos más adelante (vid. *infra* el epígrafe "Las facultades de contenido personal inherentes a la condición de autor. El llamado "derecho moral" del autor en el régimen de la "propiedad especial"), el escaso reconocimiento que de ese tipo de intereses se encuentra en la Ley de 1879 y su Reglamento de 1880 se debe a la Comisión dictaminadora del Senado y a la Comisión que redactó el Reglamento. Ambas Comisiones se esforzaron por mitigar el rigor "patrimonialista" del Proyecto surgido del Congreso.

escasos juristas, además, que consideraron que el tema de la propiedad intelectual merecía algún tipo de atención³³⁰ era, hemos de reiterarlo, el de la perpetuidad o no del derecho.

* * *

Trás esa caracterización en abstracto del pensamiento fundamental del texto de 1879, vamos a adentrarnos en el estudio de sus preceptos, para lo cual organizamos la exposición siguiendo el esquema tripartito que ya habíamos aplicado a la Ley de propiedad literaria de 1847. En primer lugar, nos ocupamos de las clases y el concepto de obra protegida en la Ley de 1879; a continuación, los títulos o fundamentos adquisitivos del derecho de propiedad intelectual, reconocidos por la Ley. Y, finalmente, el derecho de propiedad intelectual en sí mismo considerado.

³³⁰ Menos todavía eran los tratadistas españoles que tenían noción de los esfuerzos que se hacían en otros ámbitos por consolidar una nueva orientación en la consideración del derecho: "...hay autores, como la generalidad de los jurisconsultos alemanes, que rechazan tal tecnicismo <se refiere a la consideración del derecho como propiedad>...no se trata aquí de uno de aquellos derechos de la personalidad...y la razón de esta diferencia es que en estos casos no se trata de una garantía "in genere", de amparar el ejercicio de una facultad nuestra, sino de un motivo concreto que nace con motivo de lo que es ya un objeto de propiedad concreto también y para obtener el cumplimiento de un fin económico..." (AZCARATE, op. cit., III, págs. 318-320); "Los que lo niegan...lo consideran como un derecho de la personalidad. Es cierto, como han dicho los partidarios de esta teoría, que es una extensión de la personalidad del autor; pero esto mismo es toda propiedad...En efecto, ambos derechos no están aislados y sin enlace alguno, porque el derecho de propiedad...es consecuencia necesaria del derecho á la actividad aplicado al cumplimiento del fin económico. En este sentido, todo derecho de propiedad es extensión del derecho originario y absoluto de la personalidad..." (vid. MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 71, pág. 499).

Al referirnos ahora en último término al *derecho en sí*, alteramos el orden con que habíamos analizado esos tres hitos (*obra, derecho y títulos*) en relación al texto de 1847.

Ello obedece, en primer lugar, a la mayor minuciosidad con que ha de ser analizado el tema del *derecho* en la Ley de 1879, puesto que hay que asociarlo a una categoría más amplia, la de las "propiedades especiales", y extraer las consecuencias que, para la vida de ese derecho, derivan tanto de su consideración como "propiedad" (arts. 5 y 37,2 Ley 1879; art. 428 C.c.), como de la nota de "especialidad" que se le aplica (art. 429 C.c.). Y, además, porque es precisamente el estudio del derecho en sí lo que permitirá realizar una exposición evolutiva, culminando el análisis con la inauguración en nuestro ordenamiento jurídico de un nuevo régimen de la propiedad intelectual, régimen que instaure la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987.

CAPITULO TERCERO

LA OBRA COMO OBJETO

DEL DERECHO

DE PROPIEDAD INTELECTUAL

I. EL PROPOSITO OMNICOOMPRESIVO DE LA LEY EN CUANTO A LAS CLASES DE OBRAS

El cambio de denominación de la Ley - de "propiedad intelectual" - respecto a la anterior, - de "propiedad literaria" - responde a la voluntad deliberada de acoger, como posible objeto del derecho, todo tipo de creaciones.³³¹ Frente a la Ley de 1847, que sólo incluía en la definición del derecho a la obra escrita reproducible por medio de la imprenta (vid art. 1º. Ley de 1847), lo que la obligaba en los artículos sucesivos a introducir un listado de obras que, siempre y cuando fueran asimismo reproducibles, habrían también de ser tenidas en cuenta, los artículos iniciales de la Ley de 1879 y de su Reglamento comportan una notable ampliación, en sentido cuantitativo, de la noción jurídica de obra. Esta queda, además, formulada de modo genérico:³³² tanto desde el punto de vista del contenido - "obras científicas, literarias o artísticas" (art. 1º. Ley), "todas

³³¹ "La palabra intelectual puede tener una significación tan amplia, que caben en ella casi todas las obras...". (así Leopoldo Augusto de CUETO, marqués de VALMAR. Vid. el Diario de Sesiones del Senado de 1878, nº. 106, de 16 de diciembre, pág. 1933). Vid. también DANVILA COLLADO, op. cit., pág. 338).

³³² No resulta aventurado pensar que el amplio concepto de obra que recogen los arts. 1º. de la Ley y del Reglamento sirviese de modelo al art. 4º. de la Convención de Berna de 9 de septiembre de 1886, en la que fue parte España (vid. "Gaceta de Madrid" de 18 de marzo de 1888), en su primera redacción. Además de ser muy similar sus términos a los de aquéllos - "toda producción literaria, científica ó artística, que podría ser publicada por cualquier forma de impresión o de reproducción" - no hay que olvidar la admiración que, en su momento, manifestaron por la ley española las sociedades literarias internacionales (vid. nota 319), principales promotoras de la Unión de Berna y su Convención.

las que se producen y puedan publicarse" (art. 1º. Regl.) - , como desde el punto de vista del medio expresivo - "que puedan darse a luz por cualquier medio" (art. 1º. Ley), "todas las que se producen...por los procedimientos de..." (art. 1º. Regl.) -, y el modo de difusión: "...puedan publicarse por...cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo" (art. 1º. Reglamento).³³³

El propósito omnicomprensivo en la contemplación del objeto se manifiesta, además, en la renuncia de la Ley del 79 a echar mano de dos criterios que habían determinado la exclusión o, cuando menos, la marginación de determinados tipos de obras en la Ley de 1847:

- La finalidad de la obra. Si, con arreglo a la Ley de 1847, habían quedado expresamente excluidas las obras de carácter aplicado (vid. su art. 3,4º., final), parece que, al menos inicialmente, el legislador de 1879 tuvo intención de acogerlas,³³⁴ como se desprende

³³³ Hay que tener en cuenta que el art. 1º. del Reglamento no distingue debidamente entre medios de expresión - "escritura", "dibujo", "pintura", "grabado", "autografía", "fotografía" - y medios de difusión de la obra - "impresión", "litografía", "estampación" -, si bien es cierto que algunos de los medios mencionados, como la fotografía, pueden desempeñar ambas funciones.

³³⁴ Evolución parecida en este punto a la del Derecho francés, que en el ya aludido Decreto de 1793 había introducido una restricción parecida a la de Ley española de 1847, hasta que una Ley napoleónica de 18 de marzo de 1806 declaró extensiva la protección a los diseños de fábrica (vid. POUILLET, "Traité de la propriété littéraire... cit., pág. 95).

indirectamente de sus arts. 1º. ("obras científicas") y 3,1º. ("diseños científicos"), de los que se trasluce, cuando menos, la voluntad de incluir también obras cuya finalidad no fuese la puramente estética.³³⁵ Ahora bien, una Real orden de 17 de junio de 1903 ("Gaceta" 28 id.) estableció taxativamente que, una vez promulgada la Ley de propiedad industrial de 16 de mayo de 1902, los dibujos y trabajos hechos con un fin industrial no podían entenderse ya comprendidos en las disposiciones de la Ley de propiedad intelectual, puesto que "son ya competencia exclusiva de la segunda de dichas leyes" <de la Ley de prop. industrial>. Aun así, resulta cuestionable si podía reconocerse a una disposición de rango inferior como la citada la virtualidad de establecer dicha exclusión.³³⁶

- El soporte de la obra. Es éste un criterio al que, como ya se vio en su momento, la Ley de 1847 había supeditado la protección de las obras orales - sólo había reconocido al autor y a sus causahabientes la

³³⁵ "...Tampoco el destino industrial de la obra artística cambia el carácter del derecho, porque no es su destino el que debe considerarse,...sino su creación." (vid. DANVILA, op. cit. pág. 391, que, al igual que en muchos otros lugares de su obra, transcribe casi literalmente de POUILLET, op. cit., pág. 89). Vid. también von GIERKE (op. cit., pág. 776, nota 36): "Dadurch allein, daß ein Kunstwerk an einem Werke der Industrie angebracht ist, verliert es jedenfalls nicht seinen Charakter als Werk der bildenden Künste."

³³⁶ Lo niega PEÑA y BERNALDO DE QUIROS en el comentario a los arts. 428 y 429 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García, Madrid 1985, tomo V, vol 2º., pág. 757.

propiedad de las mismas si las habían "coleccionado", es decir, si las habían reunido en un tomo o volumen, en un objeto de carácter físico que, sirviéndoles de soporte, las dotase de cierta perdurabilidad (arg. ex arts. 3,3º., final y 4,1º., final Ley de 1847) -. La protección de las obras orales en la Ley de 1879 es, en cambio, incondicionada³³⁷ y paralela a la que se otorga a las obras escritas: el art. 8º., inciso final, prohíbe la reproducción de las mismas no consentida por su propietario, tal y como establece el art. 7º. para las obras escritas;³³⁸ y el art. 11 establece, sin más, que "El autor es propietario de sus discursos parlamentarios...".

Si bien la cuestión del soporte deja de operar como criterio de exclusión, es, en realidad, la noción que determina que

³³⁷ La Proposición inicial redactada por DANVILA había mantenido, no obstante, dicho requisito, tanto para las obras orales (art. 3,2º.: <Son propietarios de producciones literarias> "Los autores de discursos de cualquier clase, leídos o pronunciados en público, ni en este último caso se han fijado por la taquigrafía..."), como para las "obras sueltas" (art. 2,3º.: "Los autores de artículos y poesías, siempre que se hayan coleccionado."). En la redacción que la Comisión del Congreso dio a la citada Proposición ya no aparecía dicha exigencia (vid. Diario de Sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al nº. 49, de 4 de enero).

³³⁸ De esta manera, proscribía simultáneamente la Ley española lo que en la doctrina alemana se conoce como reproducción directa - de obra escrita - e indirecta - de obra oral -: "Nachdruck liegt nicht bloß vor, wenn die Reproduktion direkt nach einem geschützten Exemplar, sondern indirekt, z. B. nach einem Vortrag geschehen ist." (vid. DERNBURG, Heinrich, "Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Halle 1878, 2. Band, pág. 723, nota 17). Vid. también cómo la jurisprudencia francesa proscribía la reproducción indebida realizada a partir de obras orales en RENOARD op. cit., tomo 2, pág. 146.

siga siendo posible hablar de "clases de obras" en la Ley de 1879. Ahora bien, mientras que, en el contexto de la ley anterior la expresión tenía necesariamente una connotación discriminatoria - en cuanto a las condiciones o en cuanto a la duración de la protección -, en la Ley de 1879 se refiere sólo a algunas especialidades en cuanto a la inscripción y depósito, sin consecuencias sustantivas en cuanto a la protección de los distintos tipos de obras (art. 53 Ley: "La mayor duración que por esta Ley recibe la propiedad intelectual aprovechará a los autores de obras de todas clases..."; art. 37,2: "No por ello dejan de gozar plenamente sus propietarios de todos los beneficios..."). Sólo en función de esas especialidades, derivadas de la distinta naturaleza del soporte de cada obra, y en sede de Registro (Tít. I, Cap. VI del Reglamento: "Del Registro de la Propiedad Intelectual"), se emplea la expresión "conceptos de obras" (vid art. 28 del Reglamento).³³⁹

³³⁹ Art. 28,2 del Reglamento: "...se abrirán libros-matrices para inscribir, definitivamente y con la debida separación, todas las obras bajo los conceptos de "Obras científicas y literarias", "Obras dramáticas y musicales", "Obras de índole artística" no exceptuadas expresamente por el art. 37, y "Periódicos"."

El régimen general en la materia (arts. 34 y 36,1 Ley) lo constituyen las "Obras científicas y literarias", para las que se requiere la inscripción y depósito de "ejemplares" resultantes de la impresión de las mismas.; las "Obras dramáticas y musicales" representan sólo una especialidad dentro de ese régimen general, en el caso de que se hayan representado pero no impreso, pues se sustituye entonces la entrega de ejemplares por la del propio manuscrito (arts. 36,2 Ley; 8,2º.; 22,2º. Reglamento). La verdadera especialidad (art. 37 Ley) la constituyen las "Obras artísticas exceptuadas", es decir, las obras de arte de soporte bi o tridimensional, a las que la Ley, por el carácter valioso y difícilmente repetible de sus soportes, otorga un trato privilegiado, liberándolas de la obligación general de inscripción en el Registro y depósito; las obras artísticas unidimensionales quedan, en cambio, sujetas al régimen general (art. 33,3 Ley). En cuanto a los

"Periódicos" - y demás "obras por entregas" (art. 43 Ley) - , se valoran a efectos registrales como obra de conjunto (art. 29 Ley; arts. 16,2; 17, 22,3º. Reglamento, para los periódicos; arts. 43 Ley; 22,3º., segundo párrafo, para las obras por entregas).

II. LA NOCION DE OBRA PROTEGIDA EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1879. EL ART. 89. DE LA LEY Y LA PROTECCION DE LA OBRA "SIN NECESIDAD DE PUBLICACION"

La amplitud y la habilidad evidente con que, sorteando la complejidad de los distintos tipos de creaciones, acierta el legislador del 79 a configurar la noción jurídica de obra está sometida a una única acotación, de carácter temporal: la obra intelectual no es tomada en consideración por la Ley sino a partir de su publicación.³⁴⁰

Tal afirmación compromete a detenerse en el análisis de uno de los preceptos en concreto de la Ley, pues pudiera parecer a simple vista que la misma contradice de plano su tenor literal.³⁴¹ En efecto, el art. 89., primer inciso, establece

³⁴⁰ Vid. ALBALADEJO GARCIA, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona 1983, tomo III, vol. 19., pág. 472: "La propiedad intelectual pertenece a las personas señaladas <en los arts. 2 y 3 Ley de 1879>. Pero, en principio, una vez publicada la obra,* nuestro ordenamiento no les protege en su derecho, sino cuando se halla inscrito a su favor..." Vid. en el mismo sentido, ALVAREZ ROMERO, Carlos, «El derecho de propiedad intelectual: su temporalidad», en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor José Castán Tobeñas*, Pamplona 1969, tomo V, págs. 7 y s.s.; vid. pág. 25.

* El subrayado es mío.

³⁴¹ CHICO ORTIZ señala en relación a ese precepto que comentamos en texto, el art. 89.: "El gran enigma de la Ley, sin embargo, está en su art. 89., que con su pronunciamiento general pone en entredicho el concepto mismo de creación y parece dar a entender* que se está refiriendo a las obras inéditas." (vid. CHICO ORTIZ, José Ma., «Principios y problemas de la Propiedad Intelectual», en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1984, II, págs. 1321 y s.s.; vid. pág. 1330).

* Los subrayados son míos.

que "No es necesaria la publicación de las obras para que la ley ampare la propiedad intelectual". Esa somera declaración llevó en su momento a destacados representantes de la doctrina española a entender que la obra intelectual existía jurídicamente desde el momento mismo de su creación, como obra inédita, sin esperar a su publicación.³⁴² Sin embargo, además de que dicha interpretación del precepto no resulta coherente con el tenor general de la Ley - por las características del derecho que ésta atribuye y por las condiciones que impone para el reconocimiento (arts. 36 y s.s. Ley) y ejercicio del mismo (arts. 40 y s.s. Ley) -, el análisis del propio art. 8º., su situación concreta en el conjunto del texto y el estudio de su gestación muestran que éste estaba destinado a cumplir un cometido algo más modesto.

³⁴² Vid. CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid 1929, tomo I, pág. 480: "La propiedad empieza desde que la obra recibe su existencia concreta, aunque no se haya publicado..."; FALCON, Modesto, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, Barcelona 1888, 3ª. ed., tomo II, pág. 177: "...que la propiedad de una obra literaria, artística o mixta comienza desde que la misma obra recibe existencia, no siendo necesaria la publicación...; id. SANCHEZ ROMAN, Felire, *Estudios de Derecho civil*, Madrid 1900, tomo III, pág. 325; *Comentarios al Código civil español*, por D. José Mg. MANRESA y NAVARRO, Madrid 1952, 7ª. ed., revisada y puesta al día por Julio Calvillo Martínez de Arenaza, tomo 3º., pág. 861: "Este derecho de propiedad literaria...arranca, no del derecho de la publicación, sino del de la producción"; LOPEZ QUIROGA, Julio, voz "propiedad intelectual" en la *Enciclopedia Jurídica española*, Barcelona <sin año>, tomo XXVI, pág. 128: "Nuestra ley en su art. 8º., al decir que no es necesaria la publicación de las obras para que la misma ampare su propiedad intelectual, protege al autor de la obra inédita..."

Con arreglo a la Ley de 1879, la nota fundamental para que una obra pueda ser protegida es que de ella pueda llegar a tener conocimiento el público. Por ello se explica que la Comisión dictaminadora del Senado modificase la dicción inicial del art. 1º. del Proyecto remitido por el Congreso - "producciones científicas, literarias y artísticas que pueden publicarse por medio de la imprensa u otro medio semejante" - por la que acabaría siendo la del definitivo art. 1º. de la Ley - "obras...que pueden darse a luz por cualquier medio". Y por ello se explica también la propia existencia del art. 8º., ausente en el Proyecto inicialmente remitido por el Congreso y agregado asimismo por la Comisión del Senado.³⁴³

El art. 8º. lo que realmente pretende es puntualizar, en primer lugar y en consonancia con el art. 1º. de la Ley, que no es la publicación - u obtención, fundamentalmente por medio de la imprenta, de ejemplares de la obra y distribución de los mismos³⁴⁴ - el único modo de darse a conocer una obra. También pueden llegar a ser conocidas - y, en consecuencia, estar protegidas - las obras difundidas mediante una serie de procedimientos alternativos a que se refiere el propio art. 8º.: "lectura, ejecución o exposición pública o privada". Si bien la publicación comporta la

³⁴³ Vid. Diario de Sesiones del Senado de 1878, apéndice IV al nº. 102, de 11 de diciembre.

³⁴⁴ Que, como se indicó en la sede correspondiente, es el único modo de existencia de la obra que tuvo en cuenta la Ley de 1847.

máxima difusión de la obra y el acceso a la misma de un círculo indefinido de personas, esos otros sistemas posibilitan también una cierta difusión de la obra, aunque más restringida.³⁴⁵

El art. 8º. incorpora, además, una prohibición ("Nadie por tanto..."): ninguna de las obras dadas a conocer por cualquier otro de esos procedimientos de difusión limitada puede ser publicada sin consentimiento de su autor; ni tampoco las explicaciones orales.³⁴⁶ Esa prohibición es necesaria y complementa la del art. 7º.,³⁴⁷ que, a pesar de ser el precepto que contiene la prohibición más general en

³⁴⁵ GIMENEZ BAYO, Juan y RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, «Valor jurídico de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual de la obra manuscrita», en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1951, págs. 280/284: "No cabe la menor duda de que la intención del legislador no fue la de considerar la impresión de una obra como su única forma de publicación...la nota fundamental para que una obra pueda ser protegida es que de ella haya tenido conocimiento el público..." (vid. pág. 280).

³⁴⁶ El inciso final referido a las obras orales no estaba en el texto original del art. 8º., tal y como lo redactó la Comisión del Senado, que es la que creó el artículo (vid. Diario de Sesiones del Senado de 1878, apéndice IV al nº. 102, de 11 de diciembre); fue añadido en trámite de Comisión Mixta Congreso/Senado, de donde surgió, si bien con escasas modificaciones respecto al texto que le fue remitido, la redacción definitiva de la Ley de 1879 (vid. Diario de Sesiones del Congreso, nº. 154, de 19 de diciembre de 1878).

³⁴⁷ El art. 7º. de la Ley de propiedad intelectual de 1879 parece estar emparentado con el art. 30 del Reglamento de Imprentas de 1834 (vid. *supra* nuestro epígrafe sobre "Precedentes legislativos" de la Ley de propiedad literaria de 1847). Vid. así el art. 30 del citado Reglamento, segunda proposición: "Los autores de obras originales gozarán de la propiedad de sus obras por toda su vida, y será trasmisible á sus herederos por espacio de 10 años. Nadie de consiguiente podrá reimprimirlas á pretexto de anotarlas, adiconarlas, comentarlas ni compendiarlas."

el texto de 1879, excluyendo la publicación de obras ajenas sin el consentimiento de su propietario,³⁴⁸ parece referirse únicamente a la obra escrita³⁴⁹ (art. 7,1, final: "...incluyendo sólo la parte del texto...") y ya publicada (art. 7,2: "...o en cualquier otra forma que no sea la publicada por el autor").

Era necesario entonces que en algún otro lugar del texto legal se apostillase que tampoco podían ser publicadas sin el consentimiento de su autor otro tipo de obras. De una parte, las obras escritas pero - todavía - no reproducidas por medio de la imprenta, es decir, las obras "científicas y literarias" que hubiesen quedado fijadas, mediante la estenografía o por haber sido anotadas, "durante su lectura o ejecución...pública o privada" (art. 8º., segundo inciso); de otra, las obras artísticas, no reproducidas, pero "copiadas" durante su "exposición pública" (art. 8º., segundo inciso). Y, por último, las obras ni escritas ni

³⁴⁸ El art. 7º. se refiere al consentimiento del "propietario" de la obra y el art. 8º. al de su "autor". Hay que entender que se trata de expresiones equivalentes (como veremos en el siguiente capítulo (IV, II Títulos de adquisición derivativa del derecho de prop. int.). La Ley de 1879 considera que las figuras de "autor" y "propietario" de la obra son perfectamente fungibles: el autor es el propietario de la obra y, si la ha enajenado, pasará a serlo el adquirente de la misma, o su heredero, que ocupan su lugar prácticamente a todos los efectos.

³⁴⁹ Así lo entienden también GIMENEZ BAYO y RODRIGUEZ-ARIAS («Valor jurídico...», pág. 281) y BAYLOS CORROZA (*Tratado...* cit., pág. 628).

impresas: "las explicaciones orales" (art. 8º., inciso final).³⁵⁰

El art. 8º. pretende evitar que, con motivo de esos actos, alguna de las personas que han tenido acceso a la obra por pertenecer o formar parte de ese ámbito de difusión restringida y que están facultadas, por el propio art. 8º., a realizar actividades de fijación de la obra en cuestión para su uso privado ("estenografiándola", "anotándola", o "copiándola"), aprovechen esa ocasión de la "lectura", "ejecución" o "exposición pública o privada" para utilizarla, ya no a efectos de uso personal o propio, sino obteniendo, mediante la publicación de la misma, ventajas de carácter patrimonial que la Ley considera que sólo corresponden a su autor o propietario (arts. 7 y 8 Ley).³⁵¹

Lo que, a nuestro entender, no hacía el art. 8º., en contra de lo que tradicionalmente se ha dicho,³⁵² era articular la

³⁵⁰ Esa es la misión - protección de las obras de carácter oral -que GUTIERREZ (*Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, <5a. ed.> Madrid 1881, Tomo II, pág. 511) y DANVILA COLLADO (op. cit., pág. 444) asignan, en definitiva, al art. 8º.

³⁵¹ "Los oyentes tienen el derecho de tomar las notas que puedan cuando asistan á la cátedra, y de estenografiar las lecciones de todo el curso para su uso personal y desenvolvimiento de sus estudios, y pueden en una palabra, leer y retener este libro,...pero ellos no pueden imprimirle, publicarle y hacer una edición de la cual obtengan beneficios, porque entonces obtendrían productos materiales, y los alumnos solo tienen derecho al fruto intelectual de las lecciones." (Vid. DANVILA COLLADO, op. cit., pág. 445).

³⁵² Vid. supra la nota relativa a la interpretación que mayoritariamente se daba al art. 8º. en la doctrina española.

protección de la obra inédita, es decir, de aquella que ni siquiera ha sido dada a conocer por esos procedimientos de difusión limitada, sino que permanece en la esfera de su autor: no asegura la protección de la obra que ni siquiera ha sido leída, ejecutada o expuesta públicamente.³⁵³

Puesto que eran otras las finalidades a que respondía el único precepto de la Ley de 1879 del que - sin haberse tenido en cuenta los demás - había pretendido extraerse la protección de la obra inédita, de la obra por el sólo hecho de ser creada, hay que entender que en el régimen de la propiedad intelectual de 1879 existía un vacío legal en cuanto a la obra inédita, tanto desde el punto de vista sustantivo como registral.

Desde el primer punto de vista, porque, aun con toda su amplitud, las definiciones que nos proporcionan los artículos iniciales de la Ley - ya se ha visto que, al modificar su dicción inicial sólo se pretendía sustituir la

³⁵³ Evidentemente, el art. 8º. permite, indirectamente, evitar que se pase de un grado de difusión limitado a otro mucho más amplio (vía publicación), pero "El texto del precepto no alude directamente, en la intención del legislador, a la consagración de ese derecho de inédito..." (BAYLOS, *Tratado...* cit., pág. 625). Ya indicamos en el texto que su finalidad era proteger, no tanto el deseo del autor de reservarse su obra, como la posibilidad de obtener ganancias a partir de ella. Vid. asimismo a este respecto MOLAS VALVERDE, J., *Propiedad intelectual*, Barcelona 1962, págs. 208 y s.s. y, sobre todo, pág. 147: "El artículo que antecede <art. 8º.> es el único de la Ley que puede invocarse respecto al derecho de inédito, pero resulta incompleto, porque de la obra rigurosamente inédita, podríamos decir, la que no ha sido estenografiada, anotada o copiada, o que ni siquiera se ha leído, ejecutado o expuesto de forma alguna, no se concreta la protección ni menos, por tanto, el aseguramiento de ésta."

idea de publicación por la de divulgación de la obra por otros medios - y, mucho menos, del Reglamento - que se refiere a las obras "que puedan publicarse por...cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores..." -, no son aptas para dar cabida a una obra aún no divulgada por su autor.³⁵⁴ Es por ello que los textos legales que contienen definiciones paralelas añaden siempre una fórmula en la que se deja a salvo la protección de la obra inédita. Así, el Código civil portugués de 1867,³⁵⁵ la Ley alemana de 1870³⁵⁶

³⁵⁴ "De todos modos, ellas envuelven la idea de la publicación, porque dar a luz una obra es publicarla, y sólo con la publicación pueden adquirirse los derechos que la ley concede." (DANVILA COLLADO, op. cit., pág. 339, comentando el art. 1º. de la Ley).

³⁵⁵ Art. 574 C.c. portugués: "A obra manuscrita e propriedade do seu, e não pode em nenhum caso ser publicada sem consentimento deste"; es ésta una declaración necesaria puesto que el art. 576 de dicho Código contempla exclusivamente como objeto del derecho al "escrito publicado pela imprensa, litografia, ou por qualquer outro modo semelhante...".

³⁵⁶ Se trata de la Ley de 11 de junio de 1870 relativa a la protección de las obras escritas y musicales ("Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken") que, como ya indicábamos en el capítulo I de esta Tercera Parte (sobre la "Epoca" de la Ley de 1879), aunque fue promulgada como Ley prusiana, se convirtió en "Reichsgesetz" al operarse el proceso de unificación alemana.* Según el §5 a) de dicha Ley, "Als Nachdruck ist auch anzusehen": a) der ohne Genehmigung des Urhebers erfolgte Abdruck von noch nicht veröffentlichten Schriftwerken (Manuskripten)", completando así el párrafo anterior (§4), que se refería sólo a la obra impresa.

* Existe una Ley paralela para la protección de las obras plásticas, de 9 de enero de 1876: vid. "Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste".

y el Código civil mejicano de 1871³⁵⁷, e, inicialmente, la Convención de Berna.³⁵⁸

Sin embargo, ni la Ley española ni su Reglamento incorporan una declaración parecida, sin que, en contrapartida, permitiesen pensar en la obra inédita como objeto que sigue sometido al derecho - de duración entonces indefinida³⁵⁹ - de propiedad ordinaria³⁶⁰ de su autor, dado que, de modo

³⁵⁷ Art. 1251 del Código civil mejicano: "La obra manuscrita está comprendida en todas las disposiciones de este título".

³⁵⁸ La definición de "obra" del artículo 2º. del Proyecto de Convención de 1883, que se mantuvo inalterado como art. 4 en la redacción definitiva de 1886, es muy parecida a la del art. 1º. del Reglamento español - ya apuntábamos que pudo haberlo tenido por modelo (vid. nota 332) -. Por ello, añadía el art. 3º. del Proyecto de Convención de 1883: "Le droit des auteurs s'exerce également sur les oeuvres manuscrites ou inédites." Dicha precisión dejó de ser necesaria en la redacción definitiva, dado que el art. 2º., al referirse a los autores, dirá ya que la protección a los mismos se otorga esté o no publicada su obra.

³⁵⁹ "Los manuscritos que no han llegado á imprimirse, pertenecen indefinidamente á su autor, y su impresión por otra persona constituiría una acción punible." Así se manifestó ocasionalmente el redactor material de la Ley de 1879, Manuel DANVILA COLLADO,* pero dicha opinión no queda reflejada en el texto legal y la misma parece contradecirse incluso con muchas otras de las afirmaciones vertidas en su obra de comentario de la Ley de 1879 (vid. p. ej. *La propiedad intelectual* cit., pág. 339).

* Vid. más adelante sus intervenciones ante el Congreso de los Diputados durante la discusión del Código civil, y, en concreto, durante la discusión de la Base 10 de la Ley de Bases de 1888 y de la rúbrica "Propiedades especiales" del Código. Transcribimos dichas intervenciones en el capítulo que dedicamos infra a las "Propiedades especiales".

³⁶⁰ Como parece que había sido la idea subliminal del legislador de 1847. Vid. los extractos de discusión parlamentaria que transcribimos en la Segunda Parte de este trabajo, dedicada a dicha Ley.

marginal, se refiere el art. 3,4º. de la Ley a "obras inéditas que hayan llegado a ser de dominio público".

Tampoco desde el punto de vista registral tiene en cuenta la Ley de 1879 a la obra inédita. El art. 36 de la Ley, que es el que con carácter general impone la carga de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, parece partir de la base de que el objeto del derecho es exclusivamente la obra publicada,³⁶¹ aunque sólo sea porque, verificada la inscripción, el art. 36,3 retrotrae el inicio de la protección, todo lo más, al momento de la publicación de la obra. Y, no teniendo la obra no publicada acceso a ese Registro puede decirse que es entonces inexistente para el régimen de la propiedad intelectual de 1879/80 y ajena a la protección que éste otorga.³⁶²

Así lo estableció terminantemente una Real orden de la Dirección General de Instrucción Pública, de 14 de julio de 1888: "...sóloamente podrían comprenderse en las prescripciones de aquella <de la Ley> las obras que fueran conocidas mediante su publicación. De otra manera resultaría

³⁶¹ Vid. asimismo lo que en relación algunas de las normas del Reglamento que desarrollan lo preceptuado en la Ley en cuanto al requisito de la inscripción establece el *Tratado de la propiedad intelectual* de ANSORENA (cit. en nuestra Bibl.; vid. pág. 183): "Como vemos, una de las condiciones que exige el art. 23 del reglamento, es que se haga constar la fecha de la publicación de la obra, de donde se deduce que únicamente las obras publicadas pueden inscribirse."

³⁶² "Porque la inscripción en este Registro es un acto solemne, mediante el que el Estado reconoce la existencia jurídica de la obra." (CASTAN TOBEÑAS, op. cit., tomo II, pág. 361).

que la garantía de la inscripción, en vez de servir de estímulo a las producciones literarias, podría dar origen a un resultado contrario...de que el pensamiento o la idea concebido por un autor estuviese ya vertida en un proyecto completamente desconocido, por no ser del dominio público, redundando todo ello en perjuicio de los trabajos intelectuales, los cuales puede decirse que sólo existen en cuanto son publicados."³⁶³

Resulta entonces que ni siquiera el intento del art. 8º. de garantizar el respeto a las obras dadas a conocer mediante procedimientos alternativos a la publicación encuentra refrendo en las normas registrales, de las cuales depende no sólo la eficacia, sino, según se verá,³⁶⁴ prácticamente la propia existencia de la protección, dadas las gravosas consecuencias que el régimen de 1879 asignaba a la omisión del requisito de la inscripción de la obra. Es más, parece querer excluirse el acceso al Registro de las obras no publicadas, sean éstas verdaderamente inéditas o ya dadas a

³⁶³ Vid. "Gaceta" de 28 de julio de 1888.

En la línea de la Real orden transcrita, están así mismo otras disposiciones de rango inferior relativas al requisito de la inscripción, como la Real orden de 13 de noviembre de 1928, la Orden de 8 de mayo de 1933 y la Orden de 9 de enero de 1953, que, si bien no contienen declaraciones tan tajantes como la Real orden que transcribimos en texto, presuponen la inscripción de obras ya impresas.

³⁶⁴ Vid. *infra* el último capítulo de esta Tercera Parte, dedicada a la Ley de propiedad intelectual de 1879.

conocer por los sistemas a que se refiere el art. 8º.³⁶⁵

Existe en el régimen de la propiedad intelectual del 79/80 una única excepción a este respecto, que realmente contribuye a confirmar la regla de la necesidad de publicación. Se trata de las obras "dramáticas y musicales",³⁶⁶ que tienen acceso al Registro de la Propiedad Intelectual - y, por tanto, existen para la Ley de 1879 - si, aun no habiendo sido publicadas, han sido representadas en público.³⁶⁷ Ello obedece a que la Ley considera, que para este tipo de obras en concreto, dicha representación pública hace las veces de publicación,³⁶⁸ no sólo a efectos

³⁶⁵ Sólo algunas de las "obras artísticas" a que se refiere el art. 8º. quedaran a pesar de ello protegidas ya desde su "exposición pública" (art. 8º.), dado que las obras plásticas y, en general, las de soporte bi o tridimensional, como ya vimos, estaban exentas de la "obligación" del Registro y del depósito. Sí estaban, en cambio, sujetas a ella las demás obras artísticas (vid. arts. 37 y 34,2 Ley). Vid. a este respecto además, MOLAS VALVERDE, op. cit., págs. 208 y s.s.

³⁶⁶ Recuérdese que el carácter excepcional de esta clase de obras se había puesto ya de manifiesto en la Ley anterior de 1847, que les dedicó un Título (Título Segundo de la Ley) aparte de los demás tipos de obras, contemplándolas allí, "respecto al derecho de representarlas" (arts. 16 a 18 Ley de 1847), derecho al que además se reconocía un plazo de duración distinto al "derecho común" de propiedad literaria (vid. Título Primero de la Ley de 1847).

³⁶⁷ Vid. a este respecto ALVAREZ ROMERO, loc. cit., pág. 27: "En las obras dramáticas o musicales la representación pública constituye una forma normal de publicación."

³⁶⁸ Así lo dirá textualmente una Real orden de 1896: "...entendiéndose que las obras dramáticas o musicales se publican el día de su estreno" (vid. en la "Gaceta de Madrid" de 1896, nº. 184, de 2 de julio, la Real orden de la Dirección General de Instrucción Pública, de 27 de junio de 1896, por la que se dictan medidas para garantizar los derechos de la propiedad intelectual de los autores de obras

registrales, sino conectando en el plano sustantivo con una serie de preceptos que establecen que, aun no habiendo sido impresas, las obras dramáticas y musicales se consideran publicadas. Así, los arts. 21 de la Ley y 62 del Reglamento, que prohíben, respectivamente, la reproducción y representación de obras que, aunque "no se hubiesen impreso", ya han sido "estrenadas o representadas en público"; y el art. 41,1º. de la Ley, que exime de la sanción de caducidad del derecho, prevista en el art. 40 de la Ley - ingreso de la obra en el dominio público por su no reimpresión durante veinte años" -, si la obra - "dramática, lírico-dramática o musical" -, aunque "no llegue a ser impresa", ha sido ejecutada en público y depositada en el Registro.

De manera que, en el régimen de la Ley de 1879 y su Reglamento, los únicos artículos que contemplan la inscripción y depósito de manuscritos se refieren en todos los casos a obras dramáticas y musicales³⁶⁹ no impresas, pero

teatrales, propietarios de obras escénicas y compositores musicales).

³⁶⁹ Sólo a ellas se había referido también el segundo inciso del art. 8º. en la redacción primitiva que le dio la Comisión dictaminadora del Senado: "Nadie, por tanto, tiene derecho a publicar sin permiso del autor una producción teatral* o musical* que se haya estenografiado o notado con signos de música durante su ejecución pública o privada." (Vid. el Diario de Sesiones del Senado de 1878, apéndice IV al nº. 102, de 11 de diciembre). Probablemente por ello, las normas registrales sólo se habían hecho cargo de las obras ejecutadas o representadas en público, pero no impresas y, en cambio, no de las dadas a conocer por los demás medios de difusión que se incorporaron más tarde al art. 8º., en virtud del cambio de redacción que introdujo en el precepto la Comisión Mixta Congreso/Senado (vid. Diario de Sesiones del Congreso de 1878, nº. 154, de 19 de diciembre).

ya representadas³⁷⁰ (arts. 36,2 Ley; 8,2º. y 22,2º. del Reglamento), lo cual las convierte para la Ley en publicadas: "Y no se diga que la ley permite inscribir sin que se hayan publicado las obras dramáticas y musicales, porque esta excepción, consignada expresamente respecto de estas obras, confirma la regla general expuesta <los trabajos intelectuales sólo existen en cuanto son publicados>, y mucho más si se observa que aun en este caso exige la ley que aquéllas se hayan representado, circunstancia que se ha estimado bastante para considerarlas publicadas; y así puede decirse que este precepto de la ley, mejor que establecer una excepción, lo que hace es declarar que en aquella clase de obras equivale la representación á la publicación exigida para las científicas y literarias."³⁷¹

* Los subrayados son míos.

³⁷⁰ También la doctrina especializada pone de relieve la falta de previsión legal en cuanto a la inscripción de la obra verdaderamente inédita: "...este procedimiento especial de protección, por referirse sólo a las obras manuscritas representadas o ejecutadas en público...no alcanza a la obra manuscrita no publicada o propiamente dicha, cuyo procedimiento de protección no ha sido previsto por el legislador, por lo que, a nuestro parecer está hoy al margen del Registro." (así GIMENEZ BAYO y RODRIGUEZ ARIAS, en el citado artículo de la *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 282). En el mismo sentido, vid. también BAYLOS CORROZA, *Tratado...* cit., pág. 651; PEÑA y BERNALDO DE QUIROS, loc. cit., pág. 834; y SERRANO ALONSO, Eduardo en «Sugerencias para una reforma del derecho de autor», en *Actualidad civil*, 1986, n.º 2, págs. 57 y s.s.; vid. pág. 78.

³⁷¹ Se transcribe de la ya citada Real orden de 14 de julio de 1888.