

Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas (*)

1. INTRODUCCION. ACTUALIDAD DEL TEMA

La protección jurídica del artista plástico tiene no pocas particularidades respecto de la que se dispensa en los Ordenamientos nacionales y en Convenios internacionales sobre propiedad intelectual a otros autores, de los que a ese efecto ha sido prototipo durante mucho tiempo el creador de obras intelectuales, sean literarias, musicales o científicas; es decir, aquellas donde es más fácil disociar, como entidad jurídica y fáctica, la mera creación intelectual o artística del *corpus mechanicum* en que se exterioriza y queda plasmada.

La obra plástica y su proyección económica natural —la comercialización del original y la reproducción, en varia forma, de los cuadros, grabados, esculturas y demás— tienen cada día más peso en la sociedad moderna, que trasciende notablemente el hecho intelectual o artístico, y los problemas derivados han adquirido relevancia jurídica creciente, a los que en general y, sobre todo, en nuestro país, no se ha dedicado atención suficiente.

Algunos de ellos no son nuevos. Ya atrajeron la atención de eminentes

(*) Con este título y tema presenté una ponencia en la «Jornada sobre *Protección jurídica del artista plástico*», organizada por ALADDA, en Madrid, el 15 de diciembre de 1993. Aunque el texto de aquella (de próxima publicación con las demás ponencias) coincide sustancialmente con el de este trabajo, me ha parecido oportuna la publicación independiente del presente, que me permite prescindir en algún punto de la estructura expositiva y formato propio de una ponencia oral (por ejemplo, en materia de citas y fuentes de información) y profundizar en ciertas cuestiones a que allí debí renunciar, así como tratar ahora alguna nueva. Agradezco a ALADDA tanto la ocasión que me proporcionó para acercarme a los problemas de que aquí me ocupo como las facilidades dadas para publicar este trabajo separadamente.

autores provenientes de otros ámbitos: pensadores como Paul VALERY y Walter BENJAMÍN (1) —por poner ejemplos recientes y valiosos—, cada uno desde su propia personalidad y perspectiva, y ambos con profundidad y sutileza.

Estos problemas han adquirido últimamente inusitada actualidad con motivo del «Manifiesto de Zaragoza», en el que los artistas plásticos reclaman, entre otras cosas, la reforma del artículo 56.2 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual y del derecho de exposición pública que en el mismo se regula, que recaban para sí y no para el propietario de la obra de arte, la obligación de ser informados de la localización de sus obras (a efectos de organizar exposición antológica o similar), y el derecho de participación y la explotación económica de las obras exhibidas en espacios públicos (2).

No les falta alguna razón, ciertamente, pues aunque la protección que les depara la LPI'1987 es más amplia y mejor (quizá con algún matiz) que la legalidad anterior, la realidad diaria y el tiempo transcurrido desde que entró en vigor esta ley están demostrando que esa protección es insuficiente y, en algún caso y aspecto, deficiente.

Mas estos problemas no son nuevos, decía, ni exclusivos de nuestro país y ordenamiento. He aquí algunas muestras.

En la etapa prelegislativa de dicha Ley, el Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura «sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor», manejado en aquella ocasión al efecto, recogía las reivindicaciones de los artistas plásticos: entre otras, el derecho de secuencia (*droit de suite*) o participación del autor en segundas y ulteriores enajenaciones de la obra, cuando éstas se realicen con publicidad y el derecho del autor vivo pueda estimarse razonable; el derecho a autorizar o no la reproducción de la obra por medio de las artes gráficas o por medios audiovisuales; el derecho a oponerse a la exposición de las obras plásticas y a oponerse a la destrucción de la obra única (que decían que debiera extenderse a las planchas matrices de los grabados de arte y a las matrices de las obras plásticas reproducidas en número de ejemplares convenientes); la definición que debiera aplicarse a las artes plásticas de la falsificación y el plagio en las leyes penales, y otros extremos.

(1) Paul VALERY: «Pièces sur l'art», en *La conquête de l'ubiquité*, en larga cita que encabeza el trabajo de Walter BENJAMÍN, «La obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica», ensayo publicado en su obra póstuma *Arte y Literatura*, Ed. Eumo/Edipoies, Barcelona, 1984, págs. 25 y ss.

(2) Véase diario *El País*, de 29 de noviembre de 1993, de donde he tomado las referencias del texto. Con posterioridad a la presentación de mi ponencia, el mismo diario *El País* publicaba el 24 de diciembre de 1993 un artículo (de «Opinión») de Juan Antonio RAMÍREZ, Catedrático de Historia del Arte, UAM, en que mostraba abierto desacuerdo con el «Manifiesto de Zaragoza», cuyos «14 puntos del texto son bastante candorosos», decía, con particular crítica de alguno de ellos.

Algunas de esas peticiones de los artistas plásticos guardaban muy directa relación con el desafortunado «asunto Pablo Serrano», en el que este prestigioso escultor no obtuvo satisfacción cumplida a sus muy razonables reclamaciones por medio de las dos sentencias del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, que han merecido críticas y opiniones encontradas entre los juristas, predominando las adversas, si bien hay que reconocer que no fue ajeno a tales decisiones judiciales los términos en que fue planteada alguna de las demandas y el formalismo de los recursos de casación y de amparo correspondientes.

La preocupación por estas cuestiones y los conflictos entre los artistas plásticos y los propietarios de las obras de arte (sobre todo, los museos y titulares de colecciones privadas) son mayores, incluso, en países donde el mercado de obras de arte es más amplio y el coleccionismo y titularidad privada de las mismas, más frecuente.

En 1982 tuvo lugar, precisamente en Madrid, una reunión o conferencia internacional de sociedades sobre derechos de autor, en la que la «Dorothy M. Weber of the Visual Artists and Galleries Association of the United States» presentó una ponencia sobre *Museums and Copyright*, relativa al cumplimiento y respeto del derecho de autor (*copyright*) observado por diecisiete museos norteamericanos. He aquí algunas conclusiones de aquella ponencia: por regla general, los museos abusaban, en la práctica, de los derechos de los artistas; el resultado del estudio y encuesta realizados demostraban que la situación al respecto era notablemente peor que lo que se esperaba y que en épocas anteriores; en la mayor parte de los casos los museos más importantes presionaban para obtener una total cesión de derechos por parte de los artistas; y esa presión había llevado a estos últimos a firmar tales cesiones de todos los derechos de autor por el riesgo de que los museos dejaran de adquirir sus obras (3).

Por otro lado, Tim JAHNS, en un artículo publicado en *State of the Arts* (mayo-junio 1982) advertía que el célebre «Museum of Modern Art» de Nueva York usaba una «limited non exclusive license» (4), y con ella reproducía obras de arte para catálogos, postales, diapositivas y para publicidad en magazines y periódicos, además de libros educativos y programas de TV. En cambio, el Museo de Arte Moderno de San Francisco intentaba

(3) Cfr. J. H. MERRYMAN y A. E. ELSEN: *Law, Ethics and visual Arts*, University Pennsylvania Press, Philadelphia, 1987, vol. I, págs. 210 y ss.

(4) El titular de una *non-exclusive license* no puede excluir ni autorizar a otros en cuanto a los derechos de explotación que permite la *Copyright Revision Act* de 1976. En cambio, el titular de una *exclusive transfer* puede excluir o autorizar a otros en el uso de los derechos de explotación que tiene transferidos o de que es titular. Para mejor conocer su juego y funcionalidad, cfr. Nicholas D. WARD: «Copyright in Museum Collections: An Overview of Some of the Problems», en *Journal of College and University Law*, vol. 7 (1980-1981), pág. 297.

obtener todos los derechos cuando adquiría obras de artistas contemporáneos.

Albert ELSEN, citado en el artículo de JAHNS, criticaba duramente la actitud de los museos que pretenden arrancar de los artistas la cesión de todos los derechos privados del *copyright*. Y el mismo ELSEN, en la «ponencia Weber» antes mencionada, consideraba ultrajante esa actitud, frecuente en USA. «No hay razón para querer obtener todos los derechos (lo que deja al artista sin derecho alguno respecto de su obra, una vez vendida al museo o coleccionista privado). Esa política debe ser combatida a toda costa. Los artistas, los historiadores del arte deberían boicotear a cualquier museo que use tales prácticas hasta que se establezca una nueva y aceptable política al respecto», concluía (5). Y téngase en cuenta que esto ocurría después de la Copyright Revision Act de 1976, que modificó la legalidad anterior mejorando la situación de los artistas, en un sentido muy semejante al Derecho español, como enseguida veremos.

2. CONFLICTOS DE INTERESES

Todos estos problemas de los artistas plásticos en relación con las personas y entidades (públicas y privadas) propietarias de obras de arte creadas por aquéllos no pueden sorprender hoy y menos al jurista. Y aun son más complejos de lo ya visto, porque a la tensión y enfrentamiento artista *versus* propietario de la obra de arte, hay que añadir un nuevo protagonista e interesado: la sociedad, todas las personas con derecho a la cultura, con sensibilidad estética y con necesidad de alimentarla, para las que la obra de arte, inasequible con la exclusividad que proporciona el derecho de propiedad (y al propietario que puede permitirse su adquisición), es un bien y un producto de primera necesidad del que aquéllas —o cuyo acceso a las mismas— no pueden ser privadas razonablemente, dentro de ciertos límites.

El conflicto, los conflictos de intereses posibles a ese respecto se dan, pues, no ya entre dos partes, sino entre tres afectados: el artista, el propietario de la obra y el ciudadano corriente, cualquier persona de nuestra sociedad. Cada uno de ellos tiene un interés y un derecho determinado respecto de la obra de arte: todos ellos (el derecho de cada uno) recíprocamente limitados, unas veces de dos en dos, otras los tres entre sí. Mas esto tampoco es nuevo ni exclusivo de este campo, pues todo derecho es limitado, aun aquellos derechos que los juristas llamamos absolutos, como son, en principio, el derecho de propiedad y el derecho de autor o propiedad intelectual.

Me referiré brevemente a los tres conflictos de intereses posibles.

(5) Véase MERRYMAN y ELSEN, *op. loc. cit.*

2.1. *El primer enfrentamiento se produce entre el artista y el propietario de la obra de arte* (el que ha adquirido por cualquier título el cuadro o la estatua). Su conflicto de intereses se da aquí entre los respectivos derechos (propiedad intelectual del artista, frente a propiedad privada del segundo), por referirse ambos a una misma cosa o realidad material y jurídica, la obra de arte, el *corpus mechanicum* en que se exterioriza y manifiesta el *corpus mysticum* o creación del artista plástico.

Ello ocurre por la especial naturaleza y particulares caracteres de la obra de arte plástico: sustancialmente, por la estrecha correlación, en la obra de arte figurativo y de ejemplar único, entre la obra de creación y su exteriorización o extrinsecación material, que determina la interferencia entre los derechos del autor de la obra y la propiedad de la cosa (cuadro, escultura), que comporta problemas no sólo respecto de la disponibilidad del bien (que incluye la obra) sino respecto de los derechos (de autor y de propiedad) que subsisten sobre ella. Entre esos derechos enfrentados priman, en principio, los relacionados con la actividad de creación, como elemento determinante del nacimiento de la obra y de los derechos de autor sobre ella; mas no siempre y de forma absoluta (lo absoluto es idea poco apta y viable en el orden jurídico).

Este conflicto entre el creador de la obra de arte y el propietario del cuerpo material en que ha quedado plasmada, y la recíproca limitación de ambos derechos, tiene su expresión en nuestra LPI'1987 (como en otros ordenamientos de nuestra área cultural y jurídica) en la independencia y compatibilidad que el artículo 3.º de la misma declara entre «los derechos de autor y la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a que está incorporada la creación intelectual». Otras manifestaciones de ese conflicto y de la aludida compatibilidad se hallan en numerosos preceptos de la Ley, a que me referiré más adelante.

2.2. *Hay también conflicto entre el derecho del autor y los derechos de la sociedad*, de los ciudadanos todos. Si el primero ha recibido de la sociedad una formación intelectual y artística y una sensibilidad estética que han formado su personalidad y madurado su aptitud para la creación y su efectiva producción de la obra de arte —con lo cual quiero aludir a que esa creación y producción no nacen por generación espontánea ni de una absoluta nada previa, aunque no ignoro la muy importante participación personal y espiritual del artista en su obra creativa—, la sociedad tiene frente a aquél ciertas pretensiones y derechos que van a limitar el inicial monopolio que corresponde al autor en la explotación de su obra y creación, siquiera sea en justa reciprocidad por lo que de la sociedad ha recibido el artista; por otro lado, toda persona tiene un derecho (que me atrevo a calificar de natural y fundamental, siquiera sea en sentido vulgar más que

técnico-jurídico) a la cultura como forma y medio de su perfeccionamiento y de desarrollo de su personalidad (que nuestra Constitución pretende garantizar: art. 10.1). La propia Constitución, además, dice que «los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, *a la que todos tienen derecho*» (art. 44.1). En esos dos puntos e ideas reside la justificación del carácter limitado del derecho de propiedad intelectual y artística del creador de la obra plástica, también con múltiples manifestaciones (el derecho de cita del art. 32 LPI, la reproducción libre del art. 37, y otras).

La cuestión más delicada, en este como en otros conflictos de intereses y de derechos, reside en encontrar el punto de equilibrio entre unos y otros, de forma que no resulte desmedidamente gravado o limitado un derecho por una excesiva protección del otro. Esta es una cuestión de política jurídica que compete resolver con ponderación al legislador, y donde el jurista de a pie y comentarista apenas lo único que puede hacer es criticar la solución legal, si parece poco razonable o lesiva de uno de los derechos e intereses en detrimento de otros y sin justificación suficiente.

2.3. Un tercer conflicto o enfrentamiento se da *entre el derecho e interés del propietario de la obra plástica* (el museo, el titular de la colección privada) *y los ciudadanos, la sociedad*. Si el derecho del primero tiene un nombre en Derecho y un régimen jurídico, el de propiedad privada (que la Constitución protege: art. 33), los segundos tienen un interés también protegido jurídicamente, antes aludido, con un derecho no tipificado directamente: es uno de esos llamados «intereses difusos», que puede hacerse efectivo de otra forma y al amparo de normas de difícil encaje como jurídico-privadas, pero no menos explícitas: desde la propia Constitución, artículo 44 (que algunos piensan que puede ser de aplicación directa) hasta normas de rango inferior (la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley del Patrimonio histórico español de 1985 y complementarias, y las de índole administrativa sobre museos y demás).

Pero obsérvese que el derecho de propiedad privada sobre una obra de arte ya no es el clásico derecho de propiedad del artículo 348 del Código Civil. La idea esencial de este derecho en nuestro Ordenamiento no reside ya en ese precepto del Código, sino eminentemente en el artículo 33.2 de la Constitución («la función social de este derecho delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes»), en la inteligencia e interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional, particularmente en su importante Sentencia de 26 de marzo de 1987. En ella se dice, entre otras muchas cosas interesantes, que «la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Có-

digo Civil. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos»; «la Constitución —ha dicho antes la propia sentencia— reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tipo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir».

El razonamiento y afirmaciones que anteceden, aunque en términos muy generales, están pensados para la propiedad inmobiliaria, ciertamente. Pero nada impide, por la latitud de tales expresiones y por la propia línea argumental del Tribunal Constitucional, referirlas a otros bienes escasos y de particular trascendencia y cometido social, como son las obras de arte. La propiedad sobre éstas no es la misma propiedad ni idéntico derecho que el que uno puede tener sobre un sencillo apartamento o sobre un caballo de carreras. El derecho de propiedad sobre una obra de arte, única e irrepetible, bien escaso que constituye un elemento o parte del acervo cultural de un país, a veces de la humanidad toda, es un derecho muy especial, que impone a su titular tantos derechos y obligaciones como facultades; está sujeto a una importante función social, forma parte de una riqueza colectiva que trasciende el puro interés individual (del propietario), y en alguna forma es tanto un bien de todos (espiritual, estéticamente) como de su propio dueño.

Por esta razón esos bienes (una buena parte de ellos, al menos) están sujetos a importantes limitaciones, y sus propietarios, a paralelos deberes jurídicos. Los bienes declarados de interés cultural están sujetos (y obligados sus propietarios) a la permisión de su visita pública en condiciones de gratuidad para todos los ciudadanos en tiempo y régimen señalados reglamentariamente (art. 13.2 Ley Patrimonio histórico español de 1985); y en cuanto a los bienes inventariados, la misma ley obliga a sus propietarios a permitir su estudio por los investigadores (según ciertas normas) y a prestarlos, con las debidas garantías, a exposiciones temporales que organicen los organismos competentes (art. 26.6). Si se tiene en cuenta la amplia concepción que de estos bienes tiene la ley indicada (sobre todo, de los primeros) se comprenderá el alcance de estas normas y su incidencia respecto de las obras y cuestiones que nos ocupan.

Si me he detenido, quizá excesivamente, en los tres tipos de conflictos descritos, y he hecho las referencias legales y comentario que anteceden, es sólo para presentar y contemplar desde cierta altura los problemas concretos

que luego abordaré, y dejar sentadas las bases y principios hermenéuticos desde los que habremos de entenderlos, y aplicar luego las normas pertinentes.

3. NORMATIVA APLICABLE

La normativa aplicable a la cuestión que me ocupa es compleja y de distinto rango normativo, así como de diverso origen. Al frente de ella está la Constitución, que sienta los principios generales y marca la línea interpretativa de aquella —todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado «desde la Constitución», ha dicho reiteradas veces el Tribunal Constitucional (6)—, sin perjuicio de su aplicación directa (discutida, pero defendible). Hay, luego, leyes ordinarias, como la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (la más importante aquí) y la ya citada Ley del Patrimonio histórico español, de 25 de junio de 1985, y normas complementarias, éstas de rango inferior, como otras relativas a museos públicos.

En lo que concierne a la protección jurídica del artista plástico, y más en concreto, a la reproducción de las obras de esta clase, las normas aplicables se hallan muy dispersas, no sólo por lo que afecta a las leyes indicadas, sino dentro de la propia Ley de Propiedad Intelectual de 1987, donde, como veremos, hay que buscar en lugares tan distintos como distantes las reglas aplicables a cada caso y problema. Y a modo de conclusión y juicio crítico previo, cabe decir que el artista plástico se halla en nuestro Ordenamiento (relativamente) poco y no bien protegido, opinión generalizada entre los juristas —no sólo entre los artistas—, a lo que quizá no sea ajeno al descuido en que han tenido esta cuestión, aquí y más allá de los Pirineos, donde es muy difícil encontrar trabajos sobre estos concretos problemas y bibliografía solvente, con pocas excepciones. Algo más ha preocupado en Estados Unidos, donde el tráfico de obras de arte es más intenso y sus problemas más frecuentes y actuales, como dije, lo que ha motivado mayor atención por parte de los juristas y más amplia bibliografía (7), con visión muy pragmática, desde luego.

Haré ahora una breve referencia a la normativa arriba aludida.

(6) Cfr. SS. TC de 27 de enero y 31 de marzo de 1981, 26 de julio de 1982; después de ellas, muchas otras.

(7) Pueden verse amplias referencias en la obra de MERRYMAN y ELSEN, ya citada, especie de enciclopedia sobre la protección jurídica y problemática de las obras de artes plásticas.

3.1. LA CONSTITUCIÓN

Interesa aquí nuestra Norma fundamental no sólo por cuanto preside nuestro Ordenamiento, desde cuyo vértice más alto, que ella ocupa, debe ser contemplado y entendido todo él, sino por varias normas concretas suyas que hacen a nuestro caso.

El artículo 10.3 CE dice que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce [entre los que está comprendido el art. 44] *se interpretarán* de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España». Entre éstos me permito recordar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977 —su art. 15 reconoce «el derecho de toda persona a participar en la vida cultural»—, y la Declaración de Derechos Humanos, cuyo artículo 27 dice que «toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico...». Me parece innecesario detenerme a glosar el alcance de estos preceptos respecto de la materia que nos ocupa, que por sí mismos y en los términos transcritos hablan suficientemente.

Dígase lo mismo del artículo 44 CE, antes citado y comentada su influencia aquí, directa y a efectos hermenéuticos, y en menor medida del artículo 46, sobre conservación del patrimonio artístico —preceptos ambos, por cierto, situados dentro del título I, «De los derechos y deberes fundamentales», capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica»—. Esos y otros preceptos constitucionales, y claras referencias en el breve Preámbulo de la Norma Fundamental, permiten hablar de «derechos culturales», «derechos a la cultura» e incluso de un «Estado de Cultura». En todo caso, no se olvide, «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III *informarán* la legislación positiva, *la práctica judicial* y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 CE), lo que, por lo que aquí interesa, trascenderá eminentemente en la interpretación de los preceptos constitucionales implicados y leyes ordinarias que los desarrollen.

3.2. LEY DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL, DE 25 DE JUNIO DE 1985

También conocemos ya esta ley por algunos preceptos suyos invocados poco antes. Interesa ahora fundamentalmente en tanto que busca y pretende garantizar a todos los ciudadanos el acceso a la cultura y a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio histórico, como anuncia en su Preámbulo,

donde añade: todas las medidas de protección y fomento que la ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo; porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura...» (relaciónese con el art. 44 CE).

En ese contexto y finalidad se pronuncian luego el artículo 13.2 de la ley que comento («los propietarios (...) de tales bienes o quienes los posean por cualquier título están obligados a permitir (...) su estudio a los investigadores (...) y su visita pública en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes...»), y el artículo 26.6, que previene que los propietarios de los bienes muebles integrantes del Patrimonio histórico español incluidos en el Inventario general «están obligados a permitir su estudio a los investigadores... y a prestarlos, con las debidas garantías, a exposiciones temporales que se organicen por los Organismos competentes».

Estas normas, ya citadas y que volveremos a encontrar, son importantes por cuanto suponen una notable limitación del derecho de propiedad de los coleccionistas privados y pueden permitir a los particulares y ciudadanos el poder obtener reproducciones de obras de arte, de aquellas a que se refiere esta ley, en ciertas condiciones, que veremos. Lo que prueba, de otro lado, que no toda la normativa y régimen jurídico de las obras plásticas se halla en la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo alcance y eficacia normativa protectora del artista creador se halla en algunos extremos mediatizada y afectada por esta Ley del Patrimonio histórico y su legislación complementaria, en términos más amplios de lo que aquí puede parecer.

3.3. LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1987

Es la más importante para nosotros y aquí, y ella contiene la mayor parte de las normas aplicables a los problemas que ahora interesan (con las interferencias apuntadas). No nos importa sólo ni tanto su mera legalidad, sino la inteligencia que deba tener a la luz de la Constitución y como pieza no aislada, sino integrada en el Ordenamiento jurídico todo, amplio (cuantitativa y cualitativamente, en esta materia), complejo (por la recepción como Derecho interno de Tratados y convenios internacionales ratificados por España) e interrelacionado, con una compatibilidad necesaria y no siempre fácil entre todas sus piezas.

No creo necesario hacer, por ahora, cita concreta de los preceptos de esta ley que interesan o afectan a la cuestión que estudio. Son muchos, de

distintos ámbitos de la misma —pues no dedica a las obras plásticas un apartado o cuerpo de reglas especiales, sino referencias generales o concretas (a veces, indirectas o implícitas) con ocasión del régimen genérico de las diferentes manifestaciones, facultades, limitaciones o excepciones del derecho de propiedad intelectual del autor—, y a ellos me referiré, eminentemente, en el desarrollo de este trabajo, por lo que los ahorro aquí para no reiterarme demasiado.

Antes de entrar en el articulado de esta ley, en función de las cuestiones concretas que estudiar, permítaseme recordar que, aunque pobre e insuficiente, la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 1879 conoció nuestros problemas y dijo alguna cosa interesante; y a veces trataba a los artistas plásticos en este punto mejor (o menos mal) que en muchos otros aspectos y a otros autores.

Me refiero a sus artículos 9 y 10, sustancialmente. Decía el primero. «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 derechohabiente». Y el artículo 10 decía: «Para poder copiar o reproducir en las mismas o en otras dimensiones, y por cualquier medio, las obras de arte existentes en galerías públicas en vida de sus autores, es necesario el previo consentimiento de éstos». Añádase a ello que no había entonces las importantes limitaciones a su derecho que hoy contiene la nueva legalidad —cuya justicia, así como la oportunidad de las viejas normas **transcritas**, no entro a juzgar ahora.

4. LA REPRODUCCION DE OBRAS PLASTICAS. PARTICULARIDADES

4.1. NOCIÓN INICIAL Y LEGAL. FORMAS DE REPRODUCCIÓN

La idea inicial y definición legal de reproducción en el artículo 18 LPI'1987 (recuérdese: «Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella») parece adecuarse mejor a la de la obra intelectual que a la de arte plástico. Mas si relacionamos ese precepto con otros de la misma ley, sobre todo con el artículo 10.1, aparece una noción muy amplia de *reproducción* (el «medio de expresión» de este último, conjugado con «medio que permita su comunicación y la obtención de copias» de aquél) en la que tiene perfecta cabida la reproducción de la obra plástica.

Aunque en sentido estricto y clásico la reproducción comporta eminentemente la idea de repetición o multiplicación en forma material y por

cualquier medio de la obra, haciendo ejemplares o copias de ella, esa noción de reproducción efectiva aparece complementada en nuestra Ley de 1987 con la de reproducción potencial, con independencia de su destino ulterior (8) —**presente** en el aludido artículo 10.1 y en el 116.1-b, sobre **todo**—, que permite una mejor adecuación de la misma a la reproducción de obras plásticas con los modernos medios técnicos y en el mundo actual de la comunicación. En todo caso, y para los supuestos más frecuentes, sigue siendo válida, con las precisiones hechas, la conocida definición de GRECO: por reproducción entiende «la multiplicación de objetos materiales idóneos para representar la obra del ingenio y hacer posible su conocimiento por parte de terceros mediante el uso de los sentidos» (9). En puridad, la reproducción no es tanto esa multiplicación de la propia obra intelectual o artística, sino la de la exteriorización o plasmación de la misma en algo material, pues esto es lo que se reproduce y de lo que se saca copias; aunque la obra plástica, ciertamente, coinciden en el mismo cuerpo material una y otra cosa.

La relación que hay entre la obra y su reproducción es la misma que hay entre creación y producción, entre el hecho estético o cultural y el hecho material o económico, con todas las implicaciones consiguientes de carácter sociológico, económico y cultural (SANTORO). La reproducción de la obra, su finalidad, es la de ser el instrumento o vehículo para aproximarse a su conocimiento (10).

En las anteriores definiciones aparecen los tres *requisitos* fundamentales de la reproducción (en sentido legal):

- a) Fijación de la obra en un medio o soporte material, perceptible por los sentidos y sin más concreción (pues puede ser de muchas clases, a veces muy técnico y sofisticado).
- b) Que tal fijación se haga con un destino determinado, o no previsto inicialmente (su circulación, su comunicación a otros por cualquier medio, quizá la enajenación de los ejemplares).
- c) La obtención de *copias* del original (de toda o parte de la obra), objetos muebles fungibles producidos manualmente o en serie. Este término legal, *copias*, que para el artículo 18 parece imprescindible y en el que cierta doctrina centra la atención —**aunque** hoy hay que

(8) La vinculación del destino de las copias a la idea de reproducción está muy presente en la doctrina francesa tras la ley de 1957 —**que** no es ajena a ello, evidentemente—: cfr. DESBOIS: *Le Droit d'auteur en France*, 2.^a ed., Dalloz, París, 1966 (3.^a ed., 1978), y COLOMBET: *Propriété littéraire et artistique*, París, 1990.

(9) «I benni immateriali», Torino, 1948, pág. 191.

(10) Véase más extensamente mi comentario al artículo 18 LPI'1987 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 357 y ss.

desacralizarlo y darle nuevo sentido, cuando las grabaciones videográficas alcanzan mucha mayor difusión que las viejas reproducciones manuales o impresas—, indica *per se* la idea de reproducción o repetición exacta o fiel de una cosa.

En la reproducción que aquí estudiamos subyace, pues, esa misma idea de multiplicación (aunque sea mínima) de algo que repite *con fidelidad* o exactitud los elementos y caracteres del original. Esta exigencia conceptual sugiere dudas acerca de si cabe en puridad la reproducción de obras de artes plásticas, en especial su reproducción fotográfica y asimiladas (las más frecuentes).

¿Es, ciertamente, reproducción de «La Pietà», de Miguel Ángel, de un cuadro del Greco, una fotografía suya, una grabación videográfica, por perfecta que sea? Parece evidente que en tal caso falla en buena medida el requisito de la fidelidad al modelo, a la obra original. La fotografía, el videograma, pueden proporcionar un conocimiento más o menos aproximado, una representación en dos dimensiones y con ciertas limitaciones (por perfectos que sean) del original. Sólo en sentido figurado puede considerarse como *reproducción*, pues no puede proporcionar la misma homogeneidad física y representativa del original, ejemplar único que integra a la vez la obra de creación y su propia exteriorización o extrinsecación material en una unidad inescindible (cosa que no ocurre en la obra intelectual respecto de su *corpus mechanicum*).

Sin embargo, la mayor parte de los Ordenamientos, y también nuestra LPI'1987 (cfr. arts. 20.2-g, 34, 35, ...), y la doctrina casi unánime, consideran *reproducción* en sentido jurídico esa menguada representación en un soporte material de la obra plástica, aunque sea sólo aproximada y en tanto permita su percepción visual, aunque incompleta o cualitativamente parcial.

No es esa la única *forma de reproducción* posible. El artículo 28-2.º de la ley francesa de 1957 concreta que «podrá efectuarse especialmente mediante impresión, dibujo, grabado, fotografía, modelado y por cualquier procedimiento de artes gráficas y plásticas, grabación mecánica, cinematográfica o magnética»: norma y enunciado ese (no exhaustivo, desde luego) que valdría también para el Derecho español. Hay que pensar también en aquellas otras que comportan cambio de uno a otro medio de expresión artística (de la escultura a la pintura, o a la inversa), o en que se emplea en la reproducción un material distinto de aquel en que se halla realizada la obra original, o las obtenidas con los antiguos (reproducción editorial impresa) o los modernos medios técnicos (xerografía, facsímil, cinematografía, técnicas videográficas...) (11). Todo ello, consecuencia de la distin-

(11) COLOMBET (*op. cit.*, págs. 194-195) pone el ejemplo del tapiz, que no podría ser realizado sin la autorización del autor del cuadro o cartón copiado; y cita casos de

ción institucional entre forma interna y forma externa de la obra (la primera como expresión de su propia individualidad, fungible y mudable la segunda), para la que es, sin embargo, particularmente menos apta la obra plástica, por darse en ella una mayor compenetración entre idea y materia, como antes dije.

A los efectos que aquí interesan es *reproducción* no sólo la fijación en un soporte material con valor y finalidad reproductiva *per se*, en el sentido y términos vistos, sino también cuando esa fijación en tal soporte sea sólo un medio técnico necesario para la ulterior «comunicación pública» de la obra reproducida, propósito esencial y finalidad eminente de esta reproducción (en relación de medio a fin): por ejemplo, una filmación o grabación videográfica de una escultura o de un cuadro para publicidad, proyección cinematográfica o televisiva.

4.2. LA RÉPLICA

Cosa distinta de la reproducción es la *réplica* de la obra original, hecha por el propio autor, que no debe confundirse con la *copia*, propia de la mera reproducción. Aquélla, la *réplica*, exclusiva del autor (nota típica diferencial) y con pocas (a veces, imperceptibles) alteraciones debidas al intento del creador de realizar una obra que, aunque nueva, conserve la idea, la inspiración y los caracteres del original, no puede ser considerada como reproducción: es otra obra, a mitad de camino, dice SANTORO, entre el hecho reproductivo y el hecho transformativo efectuado por el propio autor. No es una copia verdadera porque incorpora elementos nuevos (por mínimos que sean), y tampoco una transformación propiamente dicha, porque lo rehecho nuevo no es sustancial, no modifica ni altera la forma y caracteres de la obra original (12).

la jurisprudencia francesa: hay nueva reproducción en el de inserción en un film publicitario de un cartel que reproduce un cuadro (S. Cass. Civ., 15 de octubre de 1985) o del propio cuadro (Cour d'Appel Paris, 17 de diciembre de 1986), y la reproducción, para fotografías publicitarias, de unas rocas pintadas por un artista en el sur de Marruecos (que el Trib. Grande Inst. París, 22 de junio de 1988, dijo que necesitaba el consentimiento del autor). En la doctrina alemana, partiendo de los términos amplios del artículo 16 de la ley de 1965, se considera reproducción aunque haya variación de dimensiones (de dos a tres, o al revés) y las transformaciones y modificaciones de formas que resulten ser fijación corporal de un original (cfr. LOEWENHEIM-SCHRICKER: *Kommentar Urhebergesetz*, Munich, 1987, & 16, núms. 3 a 7). En idéntico sentido en Derecho inglés (vid. COPINGER-SKONE: *On Copyright*, 13.^a ed., London, 1980, págs. 79 y ss.).

(12) «Cenni sul diritto di riproduzione delle opere dell'ingegno», en *Riv. Dir. Comm.*, 1966, pág. 71. Para este autor, la réplica es una obra en sí, fruto de la autonomía creativa del autor.

Mas aun siendo la *réplica* cosa distinta de la reproducción, habremos de estudiar aquí hasta qué punto le está permitida o vedada al autor cuando ha enajenado su obra original (a un museo o coleccionista privado, por ejemplo). Como también habré de hacer alguna referencia, siquiera mínima, a otras manifestaciones de los derechos patrimoniales reconocidos al autor dentro del marco de la propiedad intelectual, como es el derecho de exposición —a que aludiré más adelante— y el derecho de transformación.

4.3. LA TRANSFORMACIÓN

Partiendo de una obra original, puede ocurrir que no se haga de ella una mera copia o una réplica, sino una obra derivada, en el sentido del artículo 21.1 LPI'1987: una modificación en la forma, no en la sustancia o en la idea esencial del original (13). Se trata ahora de una actividad creadora que modifica la identidad de la obra artística de manera que resulta una presentación en forma distinta de la original. No es una mera reproducción, y por ello merece también protección jurídica y da lugar a un verdadero derecho de autor que es reconocido al que ha puesto esa (distinta) actividad creadora, sea el mismo autor de la obra original o un tercero.

En la transformación los elementos sustanciales que definen la obra resultante se identifican generalmente con los de la original, mientras que varían en mayor o menor proporción la forma interna, la forma externa o el medio de expresión. No hay, sin embargo, unanimidad de criterios en cuanto al juego de los elementos coincidentes y diferenciales de una y otra obra (original y derivada) en la transformación, y su posible alcance (14).

La modificación —pues debe producirse para que haya transformación— ha de ser sólo en la forma, no en la sustancia o en la idea esencial, como dije. Se requiere, por otro lado, que *se derive* una obra diferente; diferente, pero derivada, no otra original distinta. El artículo 21.1 LPI («... cualquier otra modificación *en su forma* de la que se derive una obra diferente») no distingue entre la forma interna (disposición, construcción) y forma externa (expresión, estilo, pintura al fresco, al óleo o acuarela); luego creo que ambas pueden verse afectadas, con tal de que sólo varíen los elementos formales, insisto. Cuando cambie, la idea, el argumento, el tema de la obra original (es decir, la sustancia), entonces se trata de otra obra original distinta, no de una transformación (aunque sea también «obra original» a los efectos de protección jurídica: art. 10 y 21.2).

(13) Sobre la transformación, véase mi comentario al artículo 21 LPI en *Comentarios* (Tecnos), cit., págs. 410 y ss. (417-427).

(14) Cfr. PIOLA-CASELLI: *Diritto di autore*, 1.^a ed., Nápoles-Turín, 1907, págs. 494-495; y COLOMBET, *op. cit.*, pág. 52.

La *transformación* tiene muchas *formas de presentación* posibles: depende, como sabemos, del distinto juego de los elementos coincidentes y diferenciales, así como del tipo de obra sobre que recaiga la transformación. Aun discutida la cuestión, pienso que esta figura se reduce a cambios dentro del mismo género artístico —*incluidas* en él la pintura, escultura, grabado, etc., medios de expresión todos de la *plástica*—, mas no cuando se cambia de género (del color o el volumen a la palabra o a la música, o viceversa); al menos, en términos generales (15). Cabe, por ello, la transformación de la obra de dos a tres dimensiones, y de la pintura al grabado, o de éste a la escultura, o al revés. Hay transformación también en la conversión de una obra pictórica en un cuadro parecido con distinta posición de los protagonistas o de los objetos pintados, o con otros colores o tonalidades, o con diferente dinámica y vida, etc.; y aun en el empleo de distinto material, o diferente técnica: son muchas las variantes.

La importancia de la ejecución de la obra transformada y la personalidad de su autor es tenida en cuenta para apreciar su nueva originalidad (de ahí la protección jurídica que merece), y su diferencia con la mera reproducción, con importantes consecuencias.

Esta diferencia, y el dato de que la obra derivada resultante de la transformación tenga el carácter de (nueva) obra original, y protegida, no confieren patente de corso, sin embargo, al autor de la transformación. El artículo 17, tantas veces invocado, concede al autor del original inicial («obra preexistente», dice el art. 21.2) la exclusiva de este derecho de explotación, de forma que no puede realizarse esa operación sin autorización de aquél (véase de nuevo el art. 21.2). Por tanto, la realización de cualquier obra derivada por transformación de la original sin autorización del titular del derecho de autor de ésta —el propio autor o sus causahabientes— está prohibida y supondrá una infracción de la propiedad intelectual en términos semejantes a la reproducción ilícita que aquí vengo considerando. De ahí que la transformación, como antes la réplica, deban quedar sometidas, en principio, al mismo régimen jurídico que la reproducción que aquí estudio de manera eminente. Valga, pues, para estos últimos cuanto diga, en general, para la reproducción, salvo excepciones a que deba aludir.

Debo entrar ya directamente en la cuestión concreta de la *reproducción de obras plásticas propiedad de museos y colecciones privadas*, objeto de esta ponencia. A tal efecto, distinguiré, por razón de orden y para mejor comprensión y desarrollo, tres situaciones diferentes, en función del derecho que a ese respecto pueden tener los tres interesados en la obra de arte a que me referí en su momento. Abordaré, así,

(15) Véase más ampliamente en mi coment. artículo 21, *op. loc. cit.*

- a) La reproducción de la obra plástica por el propio autor, después de enajenada a un museo o colección privada (en general, a cualquier persona).
- b) La reproducción por el propio museo o coleccionista, propietario de la obra.
- c) La posibilidad de reproducción de esa obra por un tercero, por cualquier ciudadano.

5. REPRODUCCION POR EL PROPIO AUTOR DE LA OBRA PLASTICA ENAJENADA A UN MUSEO O COLECCION PRIVADA

5.1. DERECHO RESERVADO AL AUTOR. RÉGIMEN JURÍDICO

Habida cuenta que, según el artículo 3 LPI'1987, los derechos de autor son independientes y compatibles con el de propiedad de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual o artística; y, de otro lado, que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma (art. 17), y que tales derechos de explotación (entre los que están el de reproducción y el de distribución o enajenación) son independientes entre sí (art. 23): resulta obligado concluir de tales preceptos, sin más, que aun enajenada la obra plástica por su autor (una forma de explotación, típica y la más usual de esa clase de obra), continúa teniendo este último —y después de su muerte, sus causahabientes, durante sesenta años (art. 26 LPI)— el derecho de reproducir la obra en los términos que prevén los artículos 17 y 18, y sin más límites que los previstos en la misma ley.

Bastarían esos preceptos, insisto, para llegar a tal conclusión. Mas quizá para dejar la cuestión bien clara, reitera el artículo 56.1 la misma idea: «El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por ese solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última». (A continuación, el apartado 2 concede al propietario del original de la obra plástica el derecho de exposición pública de la misma, salvo expresa exclusión en el acto de enajenación del original.)

Aunque el precepto tiene un alcance mayor, pues se refiere a «soporte», en general, el *corpus mechanicum* de cualquier obra de creación, se adecúa perfectamente a la obra plástica y a nuestro caso.

Más concretos —por la referencia específica a las obras plásticas, y a concretas formas de explotación— eran sus antecedentes, el artículo 9.º de la Ley de 1879 («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 sus derechohabientes») y el artículo 45 del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1934: «Los autores de cuadros, esculturas, dibujos y otras obras de arte, al enajenarlas se reservan, salvo pacto en contra, los derechos de copia, de reproducción fotográfica y editorial y de exposición pública, y los transmiten a sus derechohabientes». Obsérvese que en ambos preceptos se reservaba al autor el derecho de exposición, salvo pacto (a diferencia de lo que ocurre ahora), lo cual era más favorable para el creador de la obra —y lo reclaman para sí últimamente los artistas plásticos en el «Manifiesto de Zaragoza»—. Seguía, con ello, la línea predominante, en la época, en otros Ordenamientos del mundo occidental.

Es perfectamente natural y jurídicamente correcta esa genérica reserva de los derechos de explotación para el autor de la obra, frente al propietario del soporte. Como han dicho PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (16), los derechos de autor y los derechos sobre la cosa en que se materializa la obra intelectual o artística son distintos, y pueden tener diferente titular, versar sobre distinto objeto (la cosa corporal en un caso, la obra intelectual, ente espiritual, en otro), y tienen distinto contenido e independencia en sus vicisitudes.

Si intentamos expresar en términos de Derecho Civil común esa situación resultante de la coexistencia en el mismo objeto (estatua, cuadro) del derecho de propiedad (ordinaria) del museo o coleccionista y el derecho de propiedad intelectual del autor, aparece el primero como una propiedad (privada) gravada *ex lege* con un derecho de otro (un derecho también absoluto y con eficacia *erga omnes*; no es un típico derecho real al clásico modo) limitado —a ciertos derechos de explotación: todos, menos el de exposición, salvo pacto en contrario en cuanto a éste—, una especie de *ius in re aliena*; limitación, aquí, que no límite del dominio, cuya explicación y mecánica funcional es muy semejante a la de los derechos reales limitados ordinarios, salvadas las distancias propias de su diferente naturaleza apuntada.

El artículo 56.1 establece, además, una regla de interpretación —así lo sugiere HUALDE SÁNCHEZ (17)—, de acuerdo con la cual ha de entenderse que para la adquisición de los derechos de explotación de una obra de creación intelectual o artística no basta con la adquisición del soporte a que ella está incorporada. El museo adquirente de la obra plástica sólo obtiene por ese título y mecanismo jurídico, la propiedad (privada) del cuadro o de la escultura, como cosa material. Los derechos de explotación (con excep-

(16) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO (EDERSA), t. V-2.º, Madrid, 1985, *ad* arts. 428 y 429 del Código Civil, pág. 720.

(17) Comentario al artículo 56 LPI, en *Comentarios a la Ley...* (Tecnos), cit., pág. 862.

ción del de exposición pública: art. 56.2), y en particular el de reproducción, se deben adquirir con independencia del soporte material y requieren para ello un título jurídico específico de adquisición distinto de aquél, en el mismo contrato de compraventa del cuadro o en otro separado.

Como en principio la interpretación de los actos de cesión de derechos de explotación ha de ser restrictiva —lo dice el Preámbulo de la LPI'1987—, salvo que quede claramente expresada la cesión del derecho de reproducción en el contrato de compra del cuadro o escultura, toda duda, si la hay o resulta de dicho contrato, debe interpretarse en contra de esa cesión y a favor de la conservación por el autor del derecho de reproducción.

En el mismo sentido que nuestra ley se manifiestan prácticamente todos los Ordenamientos foráneos: las leyes francesas (art. 29), italiana (art. 109), suiza (art. 9.3), alemana (art. 44.1), belga (art. 19), austríaca (art. 33), portuguesa (art. 10) y la americana *Revisión Copyright Act* de 1976 (art. 109) que, modificado el criterio y redacción anterior (con presunción contraria) establece ahora que el adquirente de una obra de arte sujeta a *copyright* no adquiere los derechos de esta clase salvo que tales derechos sean cedidos, total o parcialmente, de forma expresa y en contrato escrito (18), y con la excepción legal del derecho de exposición, que corresponde al adquirente de la obra.

No obstante lo dicho, y lo dispuesto en Derecho italiano por su ley de 1941 en ese sentido, una sentencia de un tribunal de Roma de 1968 negó al autor de una obra de pintura la facultad exclusiva de reproducirla, dadas las notas de unicidad e irrepitibilidad de la obra figurativa y por la realización del entero valor económico mediante la publicación y venta en único contexto, argumentando también que no tendría sentido aplicar a esas obras el derecho de reproducción ya que ésta sería en todo caso algo que no tendría la misma homogeneidad física y representativa del original. Sentencia y argumentación no convincente, por lo que ha sido criticada por la doctrina italiana (19).

(18) Una importante excepción a esa regla es la doctrina de los *works for hire*, recogida en el artículo 101 de la *Copyright Act*, que distingue dos categorías de tales *works for hire*: de un lado, las obras creadas por los empleados en el ejercicio de tal función y empleo, caso en que el *copyright* corresponde al empleador; en segundo lugar, ciertas situaciones en que el creador es un contratante independiente más que un empleado (cfr. más precisiones en Leonard D. DUBOFF: *Art Law in a nutshell*, St. Paul, Minn., 1984, págs. 195-196).

(19) Cfr. SGROI: «La riproduzione delle opere delle arti figurative», en *Giust. civ.*, 1968, págs. 1531 y ss.

5.2. EJERCICIO EFECTIVO DE ESTE DERECHO DE REPRODUCCIÓN

Volviendo a nuestro Ordenamiento jurídico, y al derecho de reproducción de la obra, que por mor del artículo 56.1 LPI corresponde al autor, enseguida puede comprobarse que no está exento de problemas.

Tal derecho de reproducción de la obra a favor del autor tiene una doble manifestación jurídica: de un lado, *de orden negativo*, en el sentido de que puede oponerse a la reproducción de la misma, por el propietario o por cualquier otra persona, sin su autorización (salvo las excepciones legales: derecho de cita, copia privada, reproducción sin fin lucrativo del art. 37); y por otra parte, *de orden positivo*, pudiendo reproducir el propio autor o ceder a otra persona este derecho de explotación (que la LPI permite: art. 43) (20).

La realización de reproducciones de la obra plástica propiedad de un museo o colección privada por uno de éstos o por un tercero sin autorización del autor (u otro titular de la propiedad intelectual) supone una infracción de este derecho, y dará lugar, en su caso, a la responsabilidad penal (art. 534 y 534 bis Código Penal, redacción LO 6/1987, de 11 de noviembre) y/o civil (arts. 123 y ss. LPI), a cuyas normas me remito, simplemente, por parecer procedente detenerme aquí en tales cuestiones.

En cuanto al segundo sentido o manifestación de aquel derecho, es el que más me interesa aquí —en el contexto de esta **ponencia**—, y más problemático resulta. ¿Puede el artista plástico exigir directamente al museo u otro propietario del cuadro o escultura de que es autor que lo ponga a su disposición o le permita el acceso para reproducirlo? He aquí la cuestión más delicada.

Razonando sobre una legalidad semejante a la nuestra en Francia (a partir de 1910, no así antes), distinguía DESBOIS —en 1950 (21), cuando la ley francesa de 1910 no resolvía esta **cuestión**— entre una *facultad de reproducir* la obra después de enajenada, y un efectivo *derecho de proceder a la reproducción* —referida la primera a lo que antes he llamado manifestación en sentido negativo, y el segundo, la proyección de orden positivo del derecho de reproducción—. Para este autor, para que aquella facultad se convirtiera en derecho efectivo y positivo sería necesario un acuerdo o contrato en el que se impusiera al adquirente del cuadro o escultura la

(20) Algún autor americano (Lisa SCHLIT: «The Copyright Revision Act through the eyes of the Art Collector», citada por MERRYMAN-ELSEN, *op. cit.*, pág. 211) compara la eficacia del *federal copyright* a la espada y el escudo: «Como espada, arma al titular con derechos exclusivos para reproducir y adaptar la obra, y distribuir y exponer sus reproducciones y adaptaciones. Como escudo, salvaguarda al titular frente a quienes intentan usurpar sus derechos.»

(21) *Le Droit d'auteur*, 1.^a ed., París, 1950, pág. 372.

obligación de permitir el acceso directo del autor a su obra para reproducirla. Tras la ley de 1957, cuyo artículo 29-3.º sigue siendo un tanto restrictivo —«estos derechos [de explotación y demás] subsisten en la persona del autor o de sus derechohabientes, que no podrán, sin embargo, exigir del propietario del objeto material que lo ponga a su disposición para el ejercicio de tales derechos. Ello, no obstante, en caso de abuso notorio del propietario impidiendo el ejercicio del derecho de divulgación, el tribunal civil podrá adoptar las medidas apropiadas, de acuerdo con el art. 20»— mantiene una posición próxima a la anterior, aunque ceñida a esa nueva legalidad, destacando que compete al autor probar el carácter abusivo de la negativa del propietario de la obra (22).

Aunque DESBOIS es una gran autoridad y pueda parecer osadía disentir del criterio de tan prestigioso especialista, me cuesta aceptar su inicial distinción y conclusiones, y me permito discrepar, por lo menos por lo que afecta al Derecho español.

En nuestra LPI'1987, y en vista de los artículos 17 y ss., en materia de derechos de explotación, no cabe distinguir entre facultad y derecho de reproducción en el sentido que apunta DESBOIS. El derecho de reproducción que el artículo 56.1 reserva al autor, frente al adquirente de la propiedad de la obra de arte, es un derecho efectivo y positivo, un *ius in re aliena* (como antes dije), que permite a su titular, quienquiera que sea (y aquí lo es el autor), obtener «copias» de la obra en el sentido del artículo 18, frente al titular de la propiedad (privada) gravada *ex lege* con ese particular *ius in re aliena* —del mismo modo que lo está la propiedad del fundo sirviente con una servidumbre de paso o de vistas, de Derecho común.

Tener un derecho en nuestro sistema jurídico supone el disponer de la acción correspondiente para hacerlo efectivo, y recabar la protección de los tribunales cuando es negado u obstaculizado por otra persona. Tener un derecho significa para su titular el tener un interés jurídicamente protegido que el Ordenamiento permite hacer efectivo, el tener un ámbito de poder sobre algo y frente a alguien, igualmente protegido. Aquí el afectado por un deber jurídico (un *pati*) frente al que cabe hacer efectivo tal derecho es el propietario de la obra plástica —sobre la que recae también el derecho (espiritual) del autor— obligado a facilitar la reproducción a que tiene derecho su creador —como el propietario del fundo sirviente tiene que permitir el goce parcial del mismo por el titular de la servidumbre—. Un derecho subjetivo cualquiera (y el del autor lo es) que carezca de protección jurídica para hacerlo efectivo frente a quien lo ignore o lo lesione dejaría de ser derecho de esa clase, con grave *contradictio in terminis*.

Creo, por todo ello, y para nuestro Ordenamiento, que el autor que ha

(22) *Le Droit d'auteur en France*, 2.^a ed., Dalloz, París, 1966, pág. 365.

enajenado su cuadro, escultura u otra obra plástica, al que el artículo 56.1 LPI reserva los derechos de explotación, salvo pacto en contrario, podrá exigir al museo o coleccionista privado propietarios de la obra el poder tener acceso a la misma para su reproducción por cualquier medio, en los términos de los artículos 17 y ss. Contribuye, por otro lado, a llegar a esa conclusión el reconocimiento a favor del autor, aunque como derecho moral y en el artículo 14-7.º LPI —**dudosa**, quizá equivocada calificación y ubicación dentro de la ley: cfr. la ley alemana—, del derecho de acceso al ejemplar único o raro (en nuestro caso se trata de ejemplar único) a fin de ejercitar el autor cualquier derecho que le corresponda, derecho de acceso casi idéntico al que en Derecho alemán establece el artículo 26 de su ley de 1965 (entre «otros derechos de autor»): «1. El autor puede exigir que el poseedor del original o de una copia de su obra le permita el acceso a este original o a la mencionada copia, en la medida que ello sea necesario para la realización de reproducciones o de adaptaciones de la obra y no perjudique los legítimos intereses del poseedor. 2. El poseedor no estará obligado a entregar al autor la obra o la reproducción» (en sentido distinto, el art. 29 de la ley francesa de 1957) (23).

Los términos amplios del artículo 14.7 LPI, su claro parentesco con el artículo 25 de la ley alemana —**de** donde procede, sin duda alguna y es **sabido**— y el juego que éste da y autoriza a deducir del nuestro recién citado, me permiten concluir que en el supuesto que aquí me ocupa el autor puede y debe tener acceso a la obra de arte por él enajenada para hacer efectivo el derecho de reproducción que por ley le corresponde. Acceso que, razonablemente, se hallará sometido al mismo régimen del artículo 14.7 invocado, y con la limitación que éste prevé de no poder exigir el autor el desplazamiento de la obra, y que el acceso a la misma para su reproducción deberá llevarse a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor (aquí, al museo y su régimen funcional), al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le ocasionen.

En caso de negativa por parte del museo o coleccionista a tal acceso, o de desacuerdo grave e irreductible sobre la forma y circunstancias del mismo, podrá el autor acudir a los tribunales para su obtención e imposición al obligado renuente, en los términos que judicialmente se acuerde, y que se hará efectivo en ejecución de sentencia en la forma legal y habitual en estos casos.

(23) El artículo 29 de la ley francesa de 1957 (no modificada en este punto por la de 3 de julio de 1985) dice que el adquirente del objeto material no está investido, por el hecho de esa adquisición, de los derechos de explotación, que subsistirán en la persona del autor o de sus derechohabientes, «quienes, no obstante, no podrán exigir al propietario del objeto material que ponga a su disposición dicho objeto para el ejercicio de los referidos derechos».

El problema que acabo de examinar referido a nuestro Ordenamiento se plantea también en otros. Además de los Derechos francés e italiano, a que acabo de hacer alguna alusión, recordaré que en Estados Unidos se discute también abiertamente si el autor puede obtener acceso a la obra de arte para reproducirla, y si el propietario puede negarse a ello. Algún autor sostiene que es preminente el derecho del propietario, y que sin su permiso es virtualmente imposible hacer una reproducción de la obra. Aunque no es sensato pensar —dicen otros— que el Congreso creara a favor del titular del *copyright* un derecho sin contenido, en USA no hay autoridad para hacerlo efectivo (24).

En cambio, en Italia, en el caso Garofalo v. Istituto Cavalieri della Carità (25) el tribunal ordenó al propietario de la obra el permitir al artista el fotografiarla.

5.3. DERECHO DEL AUTOR A REALIZAR UNA RÉPLICA DE LA OBRA

Problemas semejantes implica la obtención de una *réplica* de su obra original, en el sentido a que me referí en su momento. ¿Puede realizarla el autor, al amparo de la reserva de los derechos de explotación *ex art. 56.1 LPI*?

Para DESBOIS (26) sólo sería posible si hay un pacto explícito en el contrato de venta que imponga al comprador la obligación de permitir al autor el acceso al original para hacer una réplica, con la justificación antes aludida para la reproducción. En otro caso, y para este autor, sólo cabría la realización de la réplica del original trabajando el autor de memoria y con los datos de que disponga, y aun ello con limitaciones, por el perjuicio que puede suponer para museo o propietario privado la existencia en otra parte de una réplica del original, que se depreciaría al no ser ya pieza única (en ese sentido, distinguía DESBOIS según la calidad de marchante, o no, y otras acepciones, del propietario) (27).

Con referencia a nuestro Derecho, hay que partir, de un lado, de la

(24) MERRYMAN y ELSÉN: *Law, Ethics...*, cit., pág. 213.

(25) Cfr. *Diritto di autore*, 1975, núm. 49, pág. 601.

(26) *Op. cit.*, 1.^a ed., 1950, págs. 373-374. Posición más matizada en 2.^a ed., 1966, pág. 365, nota 1.

(27) Para el Derecho italiano, donde no se halla prevista esta cuestión, es discutida la posible realización de la réplica —que el artículo 148 de la ley italiana de propiedad intelectual de 1941 considera como obra original— por parte del autor. Z. O. ALGARDI («Musei e opere d'arte», en // *diritto d'autore*, 1985, pág. 322) parece inclinarse por la negativa, por el riesgo de devaluación del original, que dejará de ser ejemplar único con la realización de la réplica; en cambio, sería ésta posible antes de que una de las dos obras sea adquirida por el museo.

libertad del autor, de cualquier clase —**obviamente**, también del artista **plástico**—, de volver a tratar el mismo tema o idea, intelectual o artística, donde no puede ver limitado, en principio, su poder y libertad de creación. Por esa razón, el artículo 17 reserva al autor el derecho de transformación de su obra, que puede realizar él mismo o autorizar a otro (cfr. art. 21). Y la *réplica* está a mitad de camino, según dije, entre la obra original y la transformación de la misma: ambas cosas permitidas, y en exclusiva, al autor. Este, por otro lado, no puede plagiar a sí mismo ni burlar su derecho moral al hacer la réplica, ni lesionar con ello sus demás derechos, de los que dispone de esa forma en uso de su propia libertad de creación (y de ejercicio de aquéllos).

Pero vuelve a plantearse aquí, en relación con la *réplica*, de forma más violenta incluso, el conflicto de intereses de las dos personas que tienen un derecho reconocido por el Ordenamiento sobre el mismo objeto, la obra de arte. Y aquí no se enfrentan ya el derecho de propiedad privada con el derecho de autor, sino proyecciones más amplias (incluida la económica) de uno y otro: el del museo o propietario, que puede ver devaluada su estatua o cuadro (también desde el punto de vista artístico) al dejar de ser obra única (28) con la aparición de una réplica del mismo autor (casi idéntica a aquélla), y el del autor, para quien el derecho de reproducción y el de transformación de la obra (entre los que está la réplica como figura intermedia) son derechos que la ley le reconoce en exclusiva, y además le reserva cuando vende su obra de arte. Unase a ello que el interés del autor por realizar una réplica puede ser eminentemente artístico, más que (o además de) material.

La novedad de este conflicto de intereses reside ahora en que la réplica puede lesionar los derechos del propietario de la obra (los económicos, y otros) en forma distinta y más grave que la mera reproducción, y desnaturaliza de algún modo una de las notas más típicas de la obra plástica, su unicidad y exclusividad —a lo que no atenían, en cambio, la reproducción y la transformación, sus figuras más próximas, respecto de las que no hay tal problema—.

Insisto: ¿puede el autor realizar una réplica de su propio original? No hay solución clara ni directa en nuestro Ordenamiento, y la cuestión es

(28) He aquí una interesante cuestión, próxima a los problemas de la réplica que examino en el texto. ¿Tiene el autor obligación de decir al comprador si es obra única o no una obra suya cuando la enajena? Esta cuestión se planteó y discutió en EE.UU. en el caso *Factor v. Stella*, ante la «Superior Court», Condado de Los Angeles, California (no publicada en repertorio oficial, pero de la que hay referencia suficiente en MERRYMAN-ELSEN, *op. cit.*, págs. 502 y ss.). El Juez J. T. Ryburn dijo que «el artista tiene obligación de informar al comprador de la existencia de un duplicado que pueda afectar económicamente al valor y comerciabilidad de la obra vendida». Esa decisión fue muy criticada en ambientes artísticos americanos (véase obra y lugar citados).

discutida en otros. Creo que este punto tan específico puede y debe ser abordado y quedar resuelto en el contrato de venta del original al primer comprador, previsto (por atípico) y decidido en el sentido que los interesados acuerden. A partir de ahí, si así hicieren, será cuestión de interpretación del contrato, según sus términos.

A falta de tal previsión en el contrato, la cuestión es problemática, ciertamente. La mayor dificultad reside en que la relación entre el autor y el propietario de la obra, y sus respectivas posiciones jurídicas, derivan de un contrato entre ellos (el de venta de la obra del primero al segundo), por el que éste adquiere un derecho sobre dicha obra y una posición jurídica que no pueden quedar lesionados luego gratuitamente por acto unilateral del autor referido al mismo objeto sin que la ley se lo imponga a aquél de forma clara, como limitación del derecho (de propiedad) del adquirente: la propiedad se presume libre, en principio, salvo los límites legales y las limitaciones pertinentes, y toda restricción a la misma debe interpretarse restrictivamente.

En esa tesitura, creo que se puede y debe aplicar la norma general del artículo 56.1 LPI'1987 —*reserva* a favor del autor de todos los derechos de explotación de la obra enajenada a tercero, entre los que cabe incluir el que ahora me *ocupa*— y, en consecuencia, he de concluir (y yo me inclino decididamente) por reconocer a favor del autor ese derecho a obtener la réplica de su original (29). Mas en vista de los perjuicios, varios y muy verosímiles, que de ello pueden derivar para el propietario, la efectividad de aquel derecho ha de quedar condicionada a la indemnidad del museo o coleccionista propietario. Dicho en otros términos: si de la realización de la réplica —que podrá obtener el autor en idénticos términos y con las limitaciones vistas para la reproducción, *ex art. 14.7 LPI*— se derivare algún perjuicio para el propietario del original de la obra, este último deberá ser indemnizado por aquél congruentemente.

Como consejo práctico, quizá quepa sólo insistir en que prevean y pacten las partes lo que estimen procedente sobre esta cuestión, en evitación de pleito, cuyo resultado es difícil augurar: no hay precedentes (ni en nuestro país, ni fuera, que yo sepa), y en cuestiones menos dudosas se han visto resultados más imprevisibles.

(29) Parece manifestarse en el mismo sentido ESPIN CANOVAS: «Las obras de artes plásticas en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987», en *Estudios sobre Derecho Industrial*, Homenaje a H. Baylos, Barcelona, 1992, págs. 339-340.

5.4. DERECHO DE EXPOSICIÓN PÚBLICA

Aunque la Ley de Propiedad intelectual de 1879 preveía que la enajenación de la obra de arte, salvo pacto en contrario, no conllevaba la cesión del derecho de exposición —en el mismo sentido el Proyecto de ley de 1934—, como hemos visto, el artículo 56.2 de la ley de 1987 mantiene un criterio y sienta una presunción en sentido contrario: «No obstante [lo dicho en el párrafo 1.º], el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original» (30). En el mismo sentido, la Copyright Revision Act de 1976 americana y las leyes recientes de otros países europeos (31).

Este precepto permite al propietario de la obra únicamente la exposición pública de la misma, mas no reproducirla, ni siquiera en catálogos, publicidad o guías de la exposición, sin autorización del autor —de la misma opinión, HUALDE SÁNCHEZ (32)—, habida cuenta de la interpretación restrictiva en esta materia, como dije antes. De esa prohibición de reproducción se exceptúa la que el artículo 37 LPI permite hacer a los museos de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural o científico, si se realiza sin finalidad lucrativa y exclusivamente para fines de investigación —de que me ocuparé más adelante.

Para que el museo no pueda exponer la obra plástica tendría que excluirse de forma expresa en el contrato de enajenación, cosa poco verosímil cuando la compra sea directa, al propio autor, dada la finalidad institucional del museo. Este problema puede surgir en el caso en que el museo adquiera la obra a un propietario de la misma distinto del autor (o herederos, durante la vigencia del derecho de propiedad intelectual), si se ha excluido expresamente el derecho de exposición en el contrato inicial de venta (del autor al primer comprador). Esa exclusión seguirá operando para el segundo comprador, el museo, porque el primero no puede transmitir lo que él no

(30) «En todo caso —continúa diciendo el mismo precepto—, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional». Mas esta cuestión no nos interesa ahora, por lo que prescindo de ella en el texto.

(31) No regulado el derecho de exposición en la ley italiana de 1941, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia de ese país reconocen a favor del propietario de la obra la facultad de si y cuándo puede ser expuesta al público. Para mayores precisiones, véase la «relazione» del profesor L. SORDELLI: «L'opera d'arte figurativa nel diritto di autore», publicada por C. A. Villalba y Delia Lipszyc en // *diritto di autore*, 1978, págs. 25 y ss.

(32) Comentario al artículo 56, *op. loc. cit.*, pág. 864.

adquirió ni tiene (el derecho de exposición). No se olvide que se trata de un tráfico de derechos absolutos, que el contrato correspondiente «constituye» (más que transmite) a favor del cesionario, y no de meros derechos de naturaleza obligacional: con la primera venta se transmite una propiedad privada sobre el cuadro o escultura con exclusión expresa del derecho de exposición, como cuando se vende la nuda propiedad (propiedad con exclusión del *ius fruendi*). Por tanto, el museo deberá negociar luego y directamente con el autor la adquisición, de éste, del derecho de exposición que el autor se había reservado con ocasión de la primera (su) venta; y si no lo obtiene, entiendo que no puede exponer públicamente la obra de arte en cuestión (33).

6. REPRODUCCION POR EL MUSEO O COLECCION PRIVADA PROPIETARIO DE LA OBRA

Reservado al autor, en principio, el derecho de reproducción (con otros derechos de explotación) de la obra plástica enajenada al museo o coleccionista, la posibilidad de reproducirla por parte de estos últimos se presenta como residual o por cesión voluntaria de aquél. Mas hay que distinguir enseguida, y antes de pasar adelante, dos situaciones bien diferentes:

- a) Mientras el autor vive o esté vigente el derecho de propiedad intelectual a favor de sus herederos o cesionarios *inter vivos*.
- b) Situación después de caducado el derecho de propiedad intelectual, en los términos de los artículos 26 y ss. y 41 LPI.

6.1. REPRODUCCIÓN POR EL MUSEO EN VIDA DEL AUTOR Y/O VIGENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LA OBRA PLÁSTICA

6.1.1. Hipótesis básica, y regla general

En este supuesto, la reproducción por el museo o coleccionista no es posible sin la autorización del titular del derecho de autor, sea el propio creador de la obra o sus herederos o los cesionarios de tal derecho por negocio *inter vivos*; todo ello de acuerdo con los artículos 17 y 18, y 43 y ss. LPI, ya conocidos. Ha de tenerse en cuenta en este punto el régimen jurídico de la transmisión de los derechos de explotación, que queda limi-

(33) Sobre el derecho del artista de controlar el uso y exhibición de su obra después de enajenada a terceros, no regulado en la *Copyright Act* de 1976 americana, cfr. MERRYMAN-ELSEN, *op. cit.*, págs. 399 y ss.

tada al derecho o derechos concretos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen en el contrato de cesión, así como las normas supletorias para el caso de omisión de alguno de esos datos (art. 43.1 y 2 LPI). Recuérdese también que aquello que no haya transmitido el autor a tercero en orden a derechos concretos de explotación, o tiempo, o ámbito territorial, o modalidades, queda reservado para el autor o herederos, y a ellos deberá recurrir el museo o coleccionista para obtener su autorización para reproducir la obra plástica.

Mas son cuestiones todas éstas que exceden de lo que ahora interesa, marginales para nosotros y aquí, y no debo detenerme más en ellas.

Como experiencia ajena (de un mundo rico en conflictos de esta clase y soluciones pragmáticas) me parece interesante mencionar que en la práctica museística norteamericana, cuya legalidad vigente es ahora muy semejante a la nuestra a este respecto, es frecuente que los museos, por cortesía —dice el «American Council for the Arts» (34)—, generalmente paguen *royalties* al autor por las reproducciones hechas o permitidas por el museo, excepto las hechas con fines docentes. Por las mismas razones, los editores negocian generalmente los derechos de reproducción antes de publicar (editar) los trabajos de un artista vivo. Si los derechos de reproducción son obtenidos por el editor del museo propietario de la obra del artista, el museo frecuentemente divide los ingresos obtenidos con el autor o con sus herederos. El «Whitney Museum of American Art» de Nueva York, por ejemplo, paga al autor el 50 por 100 de cualquier ingreso (*royalties*, en la terminología americana) que recibe por reproducciones susceptibles de ser enmarcadas, o las usadas para postales de Navidad o para sobrecubiertas de libros; no se suele pagar, en cambio, por diapositivas, simples postales e ilustraciones de libros. Si el autor niega su consentimiento para la reproducción, el material obtenido no suele ser usado.

Ultimamente, cada museo tiene diferentes normas internas y prácticas relativas al tipo de artículos y reproducciones por los que se pagan esos *royalties*, el porcentaje satisfecho al autor, corrección de pruebas, pagos a la viuda o herederos y otros extremos.

El «Joint Artists-Museums Committee», un grupo de representantes de varias asociaciones de museo y de autores, ha recomendado que «deberá pagarse a los artistas americanos contemporáneos derechos y *royalties* por reproducciones [de sus obras], excepto las que tengan fines educativos; y luego, a los herederos del artista durante diez años más tras su muerte» (35).

(34) The American Council for the Arts, *The Visual Artists and the Law*, Nueva York, 1974, págs. 37 y ss. (citado por MERRYMAN-ELSEN, *op. cit.*, t. II, pág. 398), de donde tomo estas referencias.

(35) Véase MERRYMAN-ELSEN, *op. loc. cit.*

6.1.2. *Reproducción con carácter excepcional*

Aquel principio general —necesidad de obtener autorización del autor o titular del derecho de propiedad intelectual, mientras esté vigente— tiene ciertas *excepciones*, que se justifican en el carácter limitado (límite, ahora, que no limitación, en el contexto y terminología acuñada para el derecho de propiedad privada común) del derecho de autor en aras de intereses sociales, como es la protección de la cultura y la investigación. Por ello, y en ese sentido, y precisamente en esa parte de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (cap. II, tít. III, «límites» del derecho de autor) se regulan tales excepciones.

Habida cuenta que ahora me refiero al derecho de reproducción que compete al museo, y no interesan aquí otras excepciones, me limitaré a las que permiten a los museos y colecciones privadas ciertas reproducciones sin tener que obtener la autorización del autor (u otro titular de la propiedad intelectual). Son dos: una genérica, el llamado *derecho de cita* (art. 32), y otra específica, la del artículo 37 LPI.

6.1.2.1. *Derecho de cita o de inclusión*

El llamado *derecho de cita* se acomoda mejor a las obras de carácter intelectual: para ellas fue pensado inicialmente (cfr., por ejemplo, el art. 7 LPI de 1879) y en ese ámbito es de uso más frecuente e indiscutido. No está tan clara su procedencia y requisitos cuando se trata de obras plásticas, ya que respecto de éstas no resulta fácil reproducirlas parcialmente —como ocurre con uno o varios párrafos de la obra intelectual— sin detrimento de la propia obra y del derecho moral del autor (art. 14.4 LPI de 1879). De ahí que la posibilidad y régimen funcional de la cita de obras plásticas, aun reuniendo los demás requisitos, sea discutida y aun negada en otros ordenamientos.

El caso más curioso y polémico más interesante se ha producido en Derecho francés, donde la preocupación es antigua y los casos judiciales relativamente frecuentes. Una Sentencia de la Cour de Cassation francesa, Sala penal, de 19 de marzo de 1926 dio por buena y como «cita», correcta y ajustada a Derecho, la inclusión de tres fotografías de sendas obras de Rodín, de pequeño tamaño, en una historia del arte francés, no obstante tratarse de reproducciones íntegras y no parciales de aquéllas, exigencia clásica (la parcialidad) del derecho de cita. Por consistir en meras ilustraciones en una obra de carácter didáctico, y sólo tres las reproducciones —es decir, sólo una parte mínima de la producción artística de Rodín, con lo que se respetaba el requisito de la parcialidad, respecto de la totalidad

de sus obras—, pudo merecer la aprobación, justificación al menos, y no sin ciertos reparos, de DESBOIS (ed. 1950, pág. 355), en época en que la legislación francesa carecía de norma *ad hoc*.

En cambio, tras la ley francesa de 1957 —cuyo art. 41-3.º sólo admite «las citas cortas justificadas por el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o de información de la obra a que son incorporadas»—, la doctrina gala se ha inclinado mayoritariamente por la limitación del derecho de cita a las obras literarias y su inviabilidad respecto de las obras plásticas, para las que no cabe la reproducción «corta» o fragmentaria, que iría contra el derecho moral del autor, y si por el contrario es de la obra íntegra no puede quedar amparada por el artículo 41.3, amén de razones económicas (perjuicio de esa clase para el autor) que algunos aducen: en ese sentido, el propio DESBOIS (36), COLOMBET (37), FRANÇON, EDELMAN (38); *contra*, VIVANT (39); en idéntica y dominante posición, la jurisprudencia de ese país (40).

Nuestra LPI'1987 no sigue el patrón francés, sino la concepción del Convenio de Berna, Acta de París de 1971 (ratificado por España), artículo 10-1.º y 2.º, y la ley alemana de 1965, que también aquí nos ha servido de modelo eminente, cuyo artículo 51 («citas») dice que «en la medida que su finalidad lo requiera, será lícito reproducir, distribuir y comunicar públicamente: 1, obras aisladas ya publicadas, como inclusión en una obra científica independiente, a fin de aclarar el contenido de la misma; ...» [los núms. 2 y 3 se refieren a las citas de obras literarias y musicales], precepto que a la doctrina alemana le permite justificar sin problemas el derecho de

(36) *Le droit d'auteur en France*, 2.ª ed., 1966, pág. 283; 3.ª ed., 1978, pág. 316, donde su conclusión es más drástica: la cita no es admisible en el terreno artístico, ya que la condición de brevedad, consustancial a aquella, impone una reproducción parcial, de lo que resultaría una mutilación de la obra, contraria al respeto que le es debido; además, la citación artística va yuxtapuesta y no integrada, y la cita propiamente dicha exige la incorporación a la obra [de quien la hace] sin solución de continuidad.

(37) *Propriété littéraire et artistique*, París, 1990, pág. 237, donde critica la solución jurisprudencial del caso Rodín; y en Dalloz, 1984 IR 289 (coment. S. Trib. Grande Inst. París, 30 de septiembre de 1983), y en D., 1989 SC 48 (coment. S. Cour Cass. 13 de abril de 1988), donde insiste en los argumentos de DESBOIS, citados en la nota anterior.

(38) FRANÇON: *Cours de Droit de la propriété littéraire, artistique et industrielle*, París, 1985-1986, pág. 310, y en R.T.Dr. Comm., 1989-1992, págs. 238-240 (coment. S. Cour Cass. 13 de abril de 1988); EDELMAN: *JCP*, 1989, I, 3376 (coment. misma sent. ult. cit.).

(39) VIVANT: «Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur», en *JCP*, 1989, I, 3372 (coment. S. Cour Cass. 13 de abril de 1988), donde apoya una interpretación abierta del artículo 41-3.º de la ley francesa y un gran liberalismo en materia de cita artística (al modo de otros ordenamientos, como el alemán).

(40) S. Cour Cass. 13 de abril de 1988 y varias sentencias de jurisdicciones inferiores, alguna citada en las notas anteriores.

cita de obras artísticas y fotográficas en términos semejantes (reproducción libre, sin autorización del autor) que para las citas literarias en sentido clásico.

El artículo 32 de nuestra ley distingue entre la cita de obra ajena escrita, sonora o audiovisual, en que aquélla sólo puede incluir fragmentos de la citada, y la de obras de carácter *plástico*, fotográfico, figurativo o análogo, en cuyo caso puede hacerse «de obras aisladas»: de cuya expresión se puede deducir de entrada que no cabe hacer reproducción (para «cita») de todas las obras de un autor, ni siquiera de la mayor parte, o incluso en menor proporción si son muchas las obras del mismo. Todo ello siempre que «la inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico». Por otro lado —requisito común a todas las citas a que alude el precepto—, «tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada». Véase, en todo caso, sobre estas y otras cuestiones del derecho de cita, la doctrina especializada y comentarios de este artículo.

Por lo que aquí interesa, todo cuanto antecede quiere decir que el museo o coleccionista pueden reproducir libremente —o sea, sin autorización del titular de la propiedad intelectual— obras de arte de su propiedad (privada) siempre que lo hagan como *cita*, incluyéndolas en una obra propia, para su análisis, comentario o juicio crítico y precisamente con fines docentes o de investigación: por ejemplo, en un libro o artículo de revista que contenga un estudio de un autor o autores cuyas obras están en el museo, o para compararlos con otros.

Para el correcto ejercicio de este derecho, debe tratarse, insisto, de reproducción limitada a *obras aisladas* (no de una parte importante de las del autor citado, y esto ni siquiera con fines docentes o de investigación), y en número máximo razonable o en proporción (respecto de la totalidad de las obras del autor) justificada según el fin de esa reproducción-incorporación.

Probablemente el criterio más razonable para interpretar hasta dónde se puede llegar en el número de obras reproducibles a título de cita, y otros aspectos, lo proporciona el Convenio de Berna, Acta de París, 1971, cuando en su artículo 10 dice «a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga» (frase esta que reitera nuestro art. 32): es el *fair use* de los anglosajones (41), el uso

(41) El *fair use* se halla regulado en el artículo 107 de la *Copyright Act 1976* americana, y se refiere sustancialmente al uso que se haga de obras cubiertas por derecho de autor con fines de crítica, comentario, información, enseñanza o investigación; y para determinar en cada caso particular si hay *fair use* se tendrán en cuenta cuatro criterios adicionales: fines educativos no comerciales ni egoístas, naturaleza de

leal (¿la buena fe?) que repite nuestra doctrina, y que deberá ser apreciado en cada caso concreto. La apelación que hago al Convenio de Berna no es a título de erudición o ejemplo de otros ordenamientos: no se olvide que desde su ratificación por España (año 1973) forma parte de nuestro Derecho interno, y que convive con la actual ley de 1987; su recíproca integración e interpretación coordinada resulta imprescindible.

En todo caso, no exige la ley española que las reproducciones deban ser parciales ni de pequeño tamaño —como ocurría en el «affaire Rodín», en que el mínimo tamaño de las fotografías, y ser sólo tres, pudo justificar precisamente que pudieran ser consideradas como cita y no como reproducción ilegítima—. Es más, pienso que la reproducción debe ser siempre íntegra de la obra citada, y que en caso de no serlo podría haber atentado al derecho moral del autor (art. 14.4). Habrá de constar siempre, como sabemos, en la cita, el nombre del autor de la obra utilizada citada.

No cabe la cita o inclusión de referencia en obra o para fines distintos de esos —por ejemplo, para publicidad del museo (42)—, ni siquiera, verosíblemente, para fines idénticos a aquellos para los que fue creada la obra original, como dice la ley francesa de 1957 (art. 41-2.º, para la copia privada): en este último sentido se pronuncia, repitiendo esa frase, LLEDÓ YAGÜE (43).

Aunque pueda parecer ocioso a estas alturas, no resisto la tentación de añadir que todo cuanto dejo dicho se refiere a las citas de obras plásticas respecto de las que está vivo y vigente el derecho de autor. Caducado éste y si la obra ha pasado al dominio público (art. 41), cualquier cita y reproducción de la misma en ese concepto puede hacerse libremente.

6.1.2.2. Libre reproducción de obras por parte de museos, bibliotecas y archivos

El artículo 37 LPI'1987 contiene una norma —que en términos parecidos y casi siempre más precavidos y protectores de los autores, tienen muchos ordenamientos foráneos: de USA (art. 108 Copyright Act de 1976), Reino Unido (art. 7.º, ley 1956), ley italiana (arts. 65 y ss.), portuguesa (art. 75), sueca de 1960 (art. 12), colombiana...— del siguiente tenor: «Los

la obra usada, la cantidad de lo usado o copiado en relación con la obra en su conjunto y la incidencia en el mercado o explotación potencial de la obra. Sobre el *fair use* aplicado a las bellas artes, cfr. MERRYMAN-ELSEN, *op. cit.*, págs. 201-203; y Leonard D. DUBOFF, *op. cit.*, págs. 219 y ss.

(42) Así lo dijo una Sentencia de la Cour d'Appel Paris, Sala 4.^a, de 3 de julio de 1989 (D. 1990, SC 51, *coment.* de COLOMBET).

(43) Comentario al artículo 32, en *Comentario a la Ley...* (Tecnos), cit., pág. 515.

titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos (...) de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación.»

Es precepto demasiado abierto e inconcreto, especialmente apto para el abuso y problemas, y lo que es más grave, de dudosa compatibilidad con tratados internacionales ratificados por España (el Convenio de Berna). La doctrina especializada lo ha criticado duramente. BAYLOS CORROZA (44) dice que más que un límite al derecho de autor supone en la práctica su desconocimiento porque la reproducción que permite queda autorizada para museos, bibliotecas y archivos no sólo de titularidad pública sino también para muchos privados, lo que equivale a que cualquier institución de éstas, incluidas esas **privadas**, pueda realizar toda clase de copias y reproducciones de obras literarias o artísticas libremente, sin necesidad de obtener el consentimiento del autor. Por otro lado, añade, no se limita a las reproducciones destinadas a fines de la propia entidad, por lo que de hecho podrá suministrarlas a cualquiera que lo solicite, lo que deja abierto el camino para que todo interesado pueda obtener copias o reproducciones gratuitamente. Aunque parezcan un poco duros los términos de este autor y crítica, resulta difícil no compartirlos, a menos que una adecuada interpretación de la norma no corrija un tanto los excesos que pueden derivar de su lectura y valoración literal.

En cuanto a *quiénes* puedan llevar a cabo esta libre reproducción *ex artículo 37* —por tanto, también sin autorización del titular de la propiedad intelectual—, menciona ese precepto los «museos de titularidad pública» y los «integrados en instituciones de carácter cultural o científico»: inconcreción excesiva, por cierto, para estas últimas, a cuyo efecto habrá que remitirse a las normas administrativas pertinentes para mayor precisión.

Como *requisitos objetivos*, exige el artículo 37:

- a) Que la reproducción se realice «sin finalidad lucrativa». Con una interpretación más o menos literal de esa expresión parece que estaría permitido al museo realizar copias y reproducciones de sus obras plásticas y venderlas a un precio inferior al de coste, con lo que nada se lucraría aquél. Mas esa inteligencia no me satisface porque permite comercializarlas en beneficio de tercero y perjuicio del autor. Por ello, entiendo que esa finalidad no lucrativa hay que relacionarla, para su correcto alcance y justa aplicación, con el requisito siguiente y siempre en el sentido del *fair use* o uso leal

(44) «Tratado de Derecho Industrial», Madrid, 1993 (2.^a ed.), págs. 592-593.

de los anglosajones, arquetipo o estándar jurídico de toda reproducción libre (como excepción al monopolio del autor).

- b) Que «la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación»: término también demasiado lato y nuevo dato apto para el abuso o la excusa, y el aprovechamiento por desaprensivos en detrimento del autor, lo que es rechazable por injusto (y, evidentemente, no querido por la ley) y debe ser controlado y perseguido. En caso de conflicto habrá que acudir a los tribunales, que decidirán de acuerdo con los hechos y las circunstancias del caso.

Ante lo insatisfactorio de este precepto, sugiere algún autor (45) la posibilidad de que tales reproducciones se hagan con la retribución adecuada al autor y para que éste no resulte injustamente perjudicado, y aún lo viable de acuerdo con las primeras palabras del precepto («no podrán oponerse», sin más). Yo no lo veo tan claro, y más bien me inclino en sentido contrario, porque dada la situación de ese artículo (límite a los derechos de autor) y su propia redacción, todo parece indicar que la reproducción a que alude es libre, sin autorización ni retribución al autor —régimen general para otros casos y excepciones del cap. II, tít. III—, quien no podrá oponerse si se cumplen los requisitos dichos.

En el supuesto de que no se den tales requisitos —haya fin lucrativo, la reproducción no se realice con fines de investigación...—, no habrá «libre reproducción», no se estará en el supuesto de hecho de esta *excepción*, y procederá aplicar la regla general —necesidad de autorización del autor— o, en su defecto, se incurrirá en infracción del derecho de propiedad intelectual, con sus consecuencias: arts. 123 y ss. LPI.

Otra cosa es —y ocurrirá con demasiada **frecuencia**— que sin incurrir en una contravención frontal del derecho de autor, haya lugar a un ejercicio abusivo de este derecho (excepcional) de libre reproducción *ex art. 37*.

Habrá abuso de este derecho cuando el museo o la colección privada a que alude el precepto «sobrepasen manifiestamente» los límites razonables de esa facultad de libre reproducción de las obras con derecho de autor vigente, entendiendo aquí lo razonable en los términos recién dichos —**además**, obviamente, de la observancia de los demás requisitos del artículo 37, imprescindibles para poder hablar de *derecho*, aun abusivo; en otro caso estaríamos fuera del ámbito del abuso del derecho para incidir en abierta infracción del derecho de **autor**—. Habrá abuso del derecho comentado no sólo cuando se haga intencionadamente (y creo que hay tal cuando

(45) A. DELGADO: *Panorámica de la protección civil y penal de la propiedad intelectual*, Madrid, 1988, pág. 50. Parece compartir esa opinión BAYLOS CORROZA, *op. cit.*, pág. 593.

se esté conscientemente al borde de la «no finalidad lucrativa» o de los fines de investigación aludidos), sino con el exceso o anormalidad en el ejercicio de tal derecho, o incluso por razón de las circunstancias en que la reproducción se produzca. Se requiere también (art. 7.2 CC) que haya «daño para tercero», que aquí no es otro, en principio, que el autor de la obra, y si bien el daño será normalmente material o económico, no puede excluirse el habido en el derecho moral de autor y aun el simple daño moral (en el prestigio del autor, por ejemplo, según las circunstancias). Sería suficiente, incluso, el perjuicio cultural o social derivado para la comunidad, no ya al propio creador de la obra.

En tal caso será de aplicación lo previsto en el artículo 7.2 del Código Civil, para el abuso del derecho, en general: dará lugar a la correspondiente indemnización al autor y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Todo lo cual es ya puro Derecho Civil, de general aplicación, a que me remito.

Antes aludía a la dudosa compatibilidad de este artículo 37 LPI con el Convenio de Berna, revisión de París de 1971. Su artículo 9.2 dice que «se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción *no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado* a los intereses legítimos del autor». Este Convenio fue ratificado, como tengo dicho, por España el 2 de julio de 1973 y desde entonces constituye Derecho interno y está vigente. No ha sido derogado por la LPI de 1987; antes al contrario, ésta pretende adecuarse a aquél y a otros convenios internacionales sobre la materia. Siendo, como es, mucho más cauto y mejor protector del autor en este punto el Convenio de Berna que la LPI, como hemos visto, y estando ambos vigentes e integrados en nuestro ordenamiento jurídico, la compatibilidad sólo puede conseguirse, creo, interpretando el artículo 37 en forma restrictiva —**particularmente** con una exigencia rigurosa de los requisitos que ya conocemos y sentido estricto de los términos legales, más que del propio derecho de libre reproducción, todo lo cual es natural y muy jurídico si tenemos en cuenta su carácter de límite y excepción al régimen normal del derecho de autor—, de manera que se adecúe al espíritu del Convenio, con el que tiene que coordinarse para no contradecirse, y no se atente a la explotación normal de la obra ni se cause perjuicio injustificado al autor.

6.2. REPRODUCCIÓN POR EL MUSEO O COLECCIÓN PRIVADA, UNA VEZ CADUCADO EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En este caso hay menos problemas. La extinción de los derechos de explotación de las obras en los términos del artículo 26 LPI determinará su

paso al dominio público. Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en el artículo 14-3.º y 4.º (art. 41).

Como es sabido, el dominio público a que alude este precepto es *sui generis*: no significa que la titularidad de la obra pase al Estado, sino simplemente que se extingue el monopolio de explotación que la ley reconoce al autor, a sus herederos o cesionarios, y con ello la explotación pasa a estar a la libre disposición de todos («podrán ser utilizadas por cualquiera», dice). Una vez entrada la obra en el dominio público cualquiera puede reproducirla: también, obviamente, el museo, colección privada o simple propietario de la obra plástica. Explotación esta que se rige por los principios de libertad y gratuidad al haber renunciado el legislador español, el Estado, a cualquier tipo de percepción económica (como ocurre en otros países) en aras de la extensión de la cultura, y facilitación de la misma.

El artículo 41 sólo exige, para esa libre y gratuita explotación, dos requisitos: que se respete la *autoría* y se respete la *integridad* de la obra, derechos morales, de acuerdo con el artículo 14, apartados 3.º y 4.º. El respeto de la autoría parece más fácil, pues sólo requiere la cita o mención del nombre del autor al lado de la reproducción de la obra (cosa habitual, por lo demás). Algún problema puede presentar el requisito de la integridad, que exigirá aquí que la reproducción sea de toda la obra, y no parcial —como ocurre a veces, con fotografías de parte de (y no toda) la obra de arte—. Si por razones de estudio o investigación es preciso incluir una reproducción parcial (en tamaño, perspectiva o enfoque), pienso que sólo puede quedar a salvo la exigencia de la integridad incluyendo también una reproducción *de toda* la obra, al lado de la parcial, de forma que no sufra detrimento ese derecho moral del autor.

En caso de infracción de (alguno de) estos derechos morales, que perviven tras la muerte del autor, están *legitimados para defender la protección de la obra*, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 40 LPI, *sin límite de tiempo*, la persona física o jurídica determinada en disposición de última voluntad del autor de la obra o, en su defecto, de sus herederos, y, en los supuestos en que no existan esas personas o se ignore su paradero, están legitimados para accionar contra el que realice reproducción infractora, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural. Cierta sector doctrinal (46) entiende, y comparto esa opinión, que estas últimas entidades pueden intervenir, si los herederos quedan inactivos, para proteger el interés del autor fallecido y el de la cultura, para que la obra no sea desvirtuada: tal es

(46) Véase N. PÉREZ DE CASTRO: *Comentarios a la Ley...* (Tecnos), cit., *ad* art. 41, pág. 637.

el fundamento de la perpetuidad de esos derechos y de su protección concreta.

7. POSIBILIDAD DE REPRODUCCION POR CUALQUIER PERSONA DE UNA OBRA PLASTICA DE MUSEO O COLECCION PRIVADA

También aquí tenemos que hacer distinciones:

- a) Reproducción por cualquier persona *sin fin lucrativo*.
- b) Reproducción *con fin lucrativo*; y aquí, a su vez, según
 - esté vigente el derecho de autor, o
 - esté caducado este derecho.

7.1. REPRODUCCIÓN POR CUALQUIER PERSONA SIN ÁNIMO DE LUCRO

Se trata ahora de supuestos en que se puede reproducir una obra plástica sin autorización del autor. Se presentan en nuestra ley como *límites* a los derechos de explotación (de los que ya hemos visto su justificación y algunos casos): por tanto, a título de excepción de la regla general de la conservación por el autor de esos derechos, aun enajenada la obra.

Nuestra LPI'1987 conoce para este caso *tres tipos de reproducción libre*: la copia privada, el derecho de cita y la reproducción con finalidad informativa. Las examinaré muy brevemente.

7.1.1. *La copia privada*

El artículo 31.2 LPI dice que «las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor: ... 2.º, para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa» (47). Sigue con ello nuestra ley la línea de casi todos los ordenamientos foráneos (innecesario citarlos) y del Convenio de Berna (art. 9.2, antes aludido).

Sobre la copia privada se ha escrito mucho y no creo que deba yo detenerme demasiado en ella, salvo para recordar la interesante doctrina del

(47) No preveía la «copia privada» la vieja LPI de 1879, cuyos arts. 7 y 8 reservaba al autor, sin excepción alguna, el derecho de reproducción de su obra. La jurisprudencia la permitió, sin embargo, con cierta benevolencia, así como la doctrina (BAYLOS CORROZA: *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978, pág. 630).

fair use (eminentemente norteamericana, hoy regulada en la Copyright Revision Act de 1976, art. 107), cuyas aportaciones, sobre todo las jurisprudenciales, son muy valiosas a la hora de la aplicación de preceptos como el indicado (48). Aunque parece estar prevista esa norma pensando más en las obras intelectuales y asimiladas (casos más frecuentes de copia privada), cabe perfectamente para las de artes plásticas: tal, la reproducción fotográfica de cuadros u otras obras de arte que los aficionados o estudiosos pueden obtener para su delectación o el mejor conocimiento de las mismas.

El término *copia* puede y debe ser entendido aquí en su sentido más amplio: tanto la manual como la obtenida por procedimientos técnicos (fotografía, videografía...), ya sea en el mismo medio que el original u otro, o pasando de dos a tres dimensiones (dibujo o fotografía de una escultura) o a la inversa, etc. Y por *copista*, al que las hace para su propio uso —lo que excluye la llamada «copia privada de encargo»—, y no al que la encarga (tesis predominante, aunque discutible; en otros ordenamientos abarca ambos sentidos).

Para que el uso de este derecho sea correcto hay que insistir en el doble requisito: 1) uso privado o individual, no colectivo, de la copia (con lo cual el término *privada* se relaciona más con el uso y destino de la copia que con la obtención de la misma); 2) que no haya ánimo de lucro por parte del copista (que aquí sería la intención de obtener alguna ganancia con esa reproducción, pero no la de evitar el gasto de obtenerla como una reproducción normal).

En la ley francesa de 1957 queda excluido de la libre reproducción (como copia privada) «las copias de obras de arte destinadas a ser utilizadas para fines idénticos a aquellos para los que fue creada la obra original» (art. 41-2.º). DESBOIS dice que debería admitirse la misma solución favorable al autor respecto de toda copia de una obra de arte destinada a un aficionado, habida cuenta que el fin de la misma es procurar a éste una satisfacción estética comparable a la que proporciona el original (49). ¿Cabría aplicar aquel criterio legal francés en Derecho español, que no contempla tal excepción? Si tenemos en cuenta que desde el punto de vista legal estamos ante una cuestión de interpretación del alcance de una excepción (lo es la copia privada respecto del derecho del autor al monopolio de la explotación de su obra), y, en tal sentido, como todas las excepciones y limitaciones de derechos, en general, debe ser interpretada restrictivamente; y, sobre todo, se trata de interpretar la Ley de Propiedad Intelectual en

(48) Véase, junto a bibliografía más conocida, y como especialmente útil para las obras plásticas, MERRYMAN-ELSEN, *op. cit.*, págs. 200-204.

(49) *Op. cit.*, 3.ª ed., pág. 310. La misma opinión parece compartir COLOMBET (*op. cit.*, pág. 201).

congruencia con el Convenio de Berna (también Derecho interno), cuyo artículo 9.2 dice que cabe la reproducción libre con tal que «no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor»: parece razonable admitir que en nuestro país tampoco cabría la libre reproducción de obras de arte destinadas a fines idénticos a los de la obra original, lo que, por otro lado, concuerda bien con el requisito de ausencia de ánimo de lucro, que parece que lo habría si el destino de esa copia es idéntico al de la obra original (explotación por su creador).

Por lo demás, declino entrar en otros problemas y casuística, demasiado variada por la incidencia de las circunstancias posibles, en lo que me remito a las obras generales y tratamiento específico de estas cuestiones.

7.1.2. *Derecho de cita*

Tipificado en el artículo 32 LPI, a él me referí antes como posibilidad de reproducción libre por parte del dueño de la obra en vida del autor o de vigencia del derecho de propiedad intelectual. Por tener este derecho aquí, respecto de terceros (cualquier ciudadano), idéntico juego y régimen jurídico que en aquel caso, a lo allí dicho *in extenso* me remito.

7.1.3. *Reproducción con finalidad informativa*

El artículo 34 establece que «cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, (...) públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa». Normas de este tenor hay en prácticamente todas las leyes de propiedad intelectual del mundo cultural occidental, con referencia más directa casi siempre a las obras intelectuales. Nuestra ley se halla en este orden más próxima a la alemana y suiza que a la francesa o italiana.

Los problemas de este artículo 34 son muchos y graves cuando se refiere a obras oídas, porque en este caso se interfieren la libertad de información, los derechos de la personalidad (honor, intimidad, imagen, sobre todo) y la propiedad intelectual. Cuando se trata de obras plásticas («susceptible de ser vista», dice esa norma) los problemas suelen ser menores y, sobre todo, de otro orden (eminentemente económico).

Me limitaré aquí a indicar esquemáticamente las coordenadas por las que pasa este derecho de reproducción libre de una obra plástica (es decir, sin autorización del autor ni del museo o coleccionista) que es reconocido

a cualquier persona y respecto de todas las obras, sean de titularidad pública, de museos o colecciones privadas u obra única de propiedad particular:

- a) Que tenga lugar *con ocasión de informaciones* de ciertos acontecimientos: entiendo que debe tratarse de acontecimientos que tengan alguna trascendencia e interés social —en el mismo sentido, la doctrina y jurisprudencia inglesa—, sea cultural u otro: tal, con ocasión de la inauguración de un museo o exposición, o celebración de un hecho histórico que constituyera tema de una obra de arte.
- b) Que sean acontecimientos *de actualidad*: que la noticia o información que da ser actual, reciente (más en sentido funcional y cultural o social que cronológico). Creo debe hacerse una interpretación amplia y elástica del término «actualidad» (50).
- c) Que la reproducción *pública* sea *con finalidad informativa* y sólo en la medida que ésta lo justifique o haga necesario o razonablemente conveniente; no, desde luego, por capricho del informador. Aquí se toma en consideración el interés de otros, es decir, social, más que el individual de quien hace la reproducción.
- d) La *amplitud* (cuantitativa y cualitativa) de esta reproducción libre viene dada, también, por *la medida en que lo justifique dicha finalidad informativa*. La concreción de este límite es muy difícil en abstracto, y de nuevo habrá que apelar a las circunstancias del caso y al estándar del «uso leal» tantas veces invocado para supuestos semejantes (derecho de cita, copia privada).

Únicamente la concurrencia de estos requisitos justifica la libre reproducción de la obra; en otro caso se requeriría la autorización del titular de la propiedad intelectual. Para los supuestos de infracción de la norma comentada o abuso de este derecho, me remito a lo dicho en 6.1.2.2 (libre reproducción de obras por parte de museos...).

7.2. REPRODUCCIÓN CON FIN LUCRATIVO

Reitero la distinción antes apuntada:

(50) Cfr. R. CASAS: «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (28-31 octubre 1991), t. I, Madrid, 1991, pág. 275.

7.2.1. *Caso en que esté vigente el derecho de autor*

En este supuesto se aplica la regla general: el derecho de reproducción corresponde en exclusiva al autor u otro titular de la propiedad intelectual (herederos, cesionarios), según el artículo 17 y concordantes **LPI**. Situación y solución que no cambia en el caso de que la obra haya sido adquirida por un museo o coleccionista privado, a tenor del artículo 56.1, que en su momento estudié.

El tercero que pretenda la reproducción con ánimo de lucro de la obra plástica propiedad del museo o coleccionista deberá, pues, obtener la autorización del autor o titular del derecho de propiedad intelectual; si ha sido cedido al museo el derecho de reproducción, de éste tendrá que recabar la autorización. Y obtenerla, para una reproducción con fin lucrativo, va a significar en la práctica, y en la mayor parte de los casos, tener que pagar alguna retribución económica al titular de ese derecho de explotación.

7.2.2. *Caso en que haya caducado el derecho de autor*

Ahora, caducado el derecho de autor, la obra pasa a ser de dominio público y, en principio cualquier persona puede reproducirla en las condiciones que previene el artículo 41-2.º, que ya vimos cuando me referí a idéntico derecho del museo o coleccionista privado.

La novedad en este caso, referido a la posibilidad de reproducción por cualquier persona de la obra caída en ese dominio público *sui generis*, radica en que la escultura o el cuadro son ahora la propiedad privada. ¿Pueden poner el museo o coleccionista alguna restricción, limitación o exigencia concreta para su reproducción (con ánimo de lucro, no se olvide) por terceros?

En este supuesto creo que procede distinguir de nuevo, según la calificación jurídica (desde otra perspectiva) de la obra de arte de que se trate.

A) *Bienes declarados de interés cultural*. En esta calificación (cfr. arts. 9 y ss. Ley del Patrimonio Histórico español de 1985) pueden estar incluidas muchas obras de relativa antigüedad (pues para haber caducado el derecho de autor deberán haber transcurrido más de sesenta años desde la muerte de su creador). Para ellas el artículo 13.2 de dicha Ley prevé que los propietarios (y titulares de otros derechos reales sobre los mismos) están obligados a permitir su estudio a los investigadores y su visita pública (es decir, a cualquier persona) en las condiciones que dice de gratuidad y cuatro días al mes, por lo menos, que se señale.

En esa situación, pienso que no se puede impedir a los investigadores

la reproducción de la obra que estudien: mal se puede estudiar y realizar un trabajo de investigación —justificación de esa **permisión**— sin manejar fotografías u otra clase de reproducciones de la obra estudiada, lo que incluiría la publicación del estudio o trabajo realizado. Y en cuanto a las personas que visiten el museo y la obra de interés cultural, estimo que tampoco puede vedárseles el reproducirla por estar en el dominio público y por mor de su interés cultural. Habrá que estar, en lo demás, a las normas administrativas sobre museos y sobre esos bienes, a que me remito.

B) *Bienes muebles inventariados*. El artículo 26.6 de la misma LPHE impone a los propietarios de estos bienes la obligación de permitir su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada. Para éstos cabe repetir lo dicho —si bien, he de confesar, con menos seguridad **aquí**— respecto de los bienes declarados de interés cultural (posibilidad de reproducción, y por idénticos motivos). Si los bienes inventariados son expuestos al público en museo o colección privada, creo, por las razones mencionadas, que no se puede impedir al ciudadano que los contemple, el fotografiarlos (o dibujarlos o reproducirlos en otra forma de las conocidas), sin perjuicio de lo que digan las disposiciones relativas a museos públicos o las restricciones que pueda poner el coleccionista privado para fotografiar sus obras. Pero obtenida la fotografía, veo muy difícil, para esta clase de bienes también, el impedir su reproducción: sustancialmente, por estar la obra en el dominio público (derecho de autor caducado, por hipótesis).

C) *Bienes de otra clase*. En este apartado cabe incluir los bienes que no sean de los tipos y calificaciones anteriores; es decir, los de mera propiedad privada, sin más.

En principio, creo que no es posible su reproducción por un tercero sin autorización del museo o coleccionista privado, en el sentido de que el propietario puede prohibir la fotografía, la filmación o la reproducción manual, o condicionarla a ciertos requisitos o retribución o canon: ello me parece indudable, por tratarse de bienes de propiedad privada, en sentido estricto, en que el *dominus* tiene un poder exclusivo y excluyente sobre el objeto de tal derecho. Mas luego de obtenida la imagen (fotográfica o de otra clase) de la obra plástica con el permiso (o previo el pago correspondiente para obtenerla) del propietario, pienso que éste no puede ya vedar la reproducción ulterior de la fotografía o grabación videográfica hechas autorizadamente —salvo prohibición expresa o condición de no reproducirla para la obtención de la fotografía: pero esto es precisamente alguna de las condiciones a que el propietario puede subordinar la visita a su museo o colección, a que antes me **refería**—, ya que la obra se halla en el dominio

público, lo que comporta libertad de reproducción por cualquier persona (art. 41-2.º), regla general antes aludida.

La única limitación para la reproducción proviene, pues, del derecho de propiedad que compete al titular, quien puede mostrar o no la obra plástica, o permitir o no su fotografía o filmación, y aun subordinar esto a tal o cual requisito o precio. Mas ahí terminan sus facultades de exclusión, vinculadas al régimen jurídico ordinario del dominio. Las relativas al derecho de propiedad intelectual (reproducción de la obra de arte) no le competen, y a estos bienes y en ese orden le es aplicable la norma dicha del artículo 41-2.º LPI. Argumento válido también para la reproducción de los bienes de los tipos y apartados anteriores, implícito en el razonamiento y conclusiones a que allí llegaba.

8. EFECTOS DE LA INFRACCION DEL DERECHO DE AUTOR POR REPRODUCCION INDEBIDA DE OBRAS PLASTICAS DE MUSEO O COLECCIONISTA

8.1. IDEA GENERAL. NATURALEZA DE LA ACCIÓN FRENTE AL INFRACITOR

Pienso que no quedaría completo este limitado estudio del régimen jurídico de la reproducción de la obra plástica sin hacer alguna referencia, siquiera mínima, a las consecuencias jurídicas que la infracción del derecho de autor, por reproducción indebida, comporta. Y ello quienquiera que sea el infractor, de entre los tres posibles interesados en la reproducción a que antes me he referido, con tal de que haya efectiva infracción del derecho de propiedad vigente: a ésta sola me refiero aquí, y no a la del derecho de propiedad ordinaria —también susceptible de ser lesionado, de otra forma, con ocasión de reproducción ilícita—, cuando la hubiere.

Prescindo ahora de aquellas infracciones que puedan ser constitutivas de delito, tipificadas en los artículos 534 y 534 bis del Código Penal, redacción LO 6/1987, de 11 de noviembre —o de la proyección penal del hecho ilícito—, para centrar mi atención en las de índole civil, materia regulada en los artículos 123 y ss. LPI'1987.

Observa CARRASCO PERERA (51), en cuanto a esas infracciones, que, habida cuenta del carácter de derecho absoluto del derecho de propiedad intelectual, las pretensiones de condena del perjuicio producido por aquéllas no son obligacionales, sino reintegradoras de un derecho absoluto (lesionado). Hay varias formas de lesionar derechos protegidos por la LPI; mas las que

(51) Comentario del artículo 123 LPI, en *Comentarios a la Ley...* (Tecnos), cit., pág. 1639.

interesan ahora son únicamente las resultantes del ejercicio o explotación ilícita del derecho de reproducción o de transformación que corresponde en monopolio, en principio, al autor u otro titular de la propiedad intelectual.

8.2. LEGITIMACIÓN Y MEDIOS DE REACCIÓN FRENTE A LA INFRACCIÓN

El artículo 123 LPI reconoce al *titular* de los derechos en ella reconocidos, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, tres medios de reacción frente a la lesión de su derecho: 1) el cese de la actividad ilícita del infractor; 2) la indemnización de los daños materiales y morales causados; 3) la adopción, con carácter previo, de medidas cautelares de protección urgente.

Legitimación activa. El término *titular* del artículo 123 es muy amplio, en sí y a estos efectos. Están legitimados para accionar contra el infractor:

- a) En primer lugar, el autor de la obra plástica, sea el creador único (art. 1.º), los de la obra colectiva o compuesta (arts. 8 y 9) —de difícil e infrecuente presentación aquí—, o el asimilado del artículo 6.2.º (para obra divulgada como anónima o bajo seudónimo).
- b) Los causahabientes m.c. de los anteriores (art. 42).
- c) Los adquirentes por título *inter vivos* (arts. 43, 48 y concordantes), en los términos de estos preceptos.
- d) Las entidades de gestión de los derechos de explotación por cuenta e interés de los autores u otros titulares de la propiedad intelectual, según lo dispuesto en los artículos 132 y ss.

Está *legitimado pasivamente* del derecho lesionado, autor de la reproducción (o transformación) ilícita, sea el propietario de la obra plástica (cuando no es titular de ese concreto derecho) o un tercero. Puede ser infractor incluso el creador de la obra cuando la reproduzca sin ser él ya titular de tal derecho (por haberlo cedido a otro, o al museo o coleccionista al que ha enajenado el original).

Haré ahora una breve referencia a los medios de reacción de que dispone el titular del derecho de autor lesionado frente al infractor.

8.3. CESE DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA

Está regulado en el complejo artículo 124 LPI'1987. La acción con ese propósito es de carácter real (por la naturaleza de esa clase, de derecho

absoluto, del derecho infringido), especie de acción (de)negatoria —en tanto que deniega y rechaza la actividad enjuiciada, no en el sentido técnico-jurídico de la acción negatoria *stricto sensu*—, de cesación de la ingerencia del infractor. Para CARRASCO PERERA (52), por ser acción real no requiere un daño efectivo, bastando una abstracta infracción usurpatoria para su ejercicio. El plazo de prescripción —no previsto especialmente para ésta, a diferencia de la acción indemnizatoria *ex art. 125*— es el general de las acciones reales sobre bienes muebles (art. 1.962 CC). Y su objeto o finalidad puede ser doble: la terminación de la infracción y sus resultados (art. 124.1 *a*), *c*), *d*), *e*), y la prohibición de continuación en la situación ilícita (art. 124.1.6).

8.3.1. Cesación de la actividad infractora

Se refiere a esta medida el artículo 124.1.a): «la suspensión de la explotación infractora». Es la consecuencia inevitable del éxito de la acción ejercitada, y de la naturaleza exclusiva y excluyente del derecho del actor. A veces este pronunciamiento judicial habrá sido precedido por la medida cautelar homóloga del artículo 126.2 LPI. En términos muy semejantes, el artículo 502 de la americana *Copyright Act 1976*, que permite la *injunction* u orden de cese (o prohibición) temporal o definitiva «en condiciones que [el tribunal] estime razonables para prevenir o impedir toda infracción del *copyright*» (53).

8.3.2. Prohibición de continuación de la actividad infractora

Aludida en el artículo 124.1.6) («la prohibición al infractor de reanudarla»), coincide con la medida anterior, si bien ahora orientada al futuro. Tiene idéntico fundamento. Dícese de una y otra que no obliga al sujeto pasivo a ninguna concreta prestación obligacional, a pesar de su apariencia de obligación negativa, sino que la infracción de la condena de abstención supone una nueva lesión del derecho de propiedad intelectual, con las (nuevas) consecuencias pertinentes (54).

(52) *Op. loc. cit.*, ad art. 124, pág. 1677.

(53) Sobre los efectos de la infracción del *copyright* en relación con las obras plásticas, cfr. AMY ROTH: «Copyright Remedies and the Fine Arts», en MERRYMAN-ELSEN, *op. cit.*, págs. 204 y ss., donde aparecen otras referencias bibliográficas y jurisprudenciales americanas.

(54) CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, pág. 1680.

8.3.3. Remoción y destrucción de ejemplares y medios infractores

El artículo 124.1.c) habla de la «retirada del comercio de ejemplares ilícitos y su destrucción». El término *ejemplares* es muy amplio, como dije en el apartado 4, y aquí comprende los que sean resultado de una ilícita reproducción, incluidos aquellos en que la fijación en un soporte material no tiene tanto una finalidad reproductiva *per se* sino en cuanto medio técnico necesario para la comunicación pública de la obra reproducida. Ha lugar a esta medida no sólo cuando tales «ejemplares» estén en poder del autor de esa reproducción, sino en manos de un tercero encargado de su distribución. Comprenderá, igualmente, la réplica ilícita y las transformaciones que puedan merecer esta misma calificación, en los términos también vistos.

El apartado d) del artículo 124.1 hace referencia a los medios infractores, y prevé la «inutilización de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos...» destinados a la reproducción, y su destrucción *en caso necesario* (55). Esta última, no en términos generales, sino sólo en caso necesario. El artículo 124.2 da ocasión al infractor a solicitar que la destrucción de los ejemplares y material, si son susceptibles de otras utilidades, se efectúe sólo en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita. A su vez, el titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de aquellos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 124.4).

La medida de destrucción es, en nuestra ley, excepcional, con esa indicación: en la medida necesaria para impedir la ulterior explotación ilícita. Aunque el artículo 124.2 la refiere a la concreta solicitud en ese sentido del infractor, me parece que debe ser casi siempre el criterio director de la decisión judicial, sobre todo por lo que concierne a la destrucción de los medios empleados para la infracción; quizá no tanto respecto de los ejemplares en que se ha concretado la ilícita reproducción, para los que habrá de tomarse en consideración el perjuicio que al creador de la obra reproducida irroga la mera existencia de tales ilícitas reproducciones. En todo caso, el principio del menor coste de las medidas de cesación y remoción que comento —predominante en otros ordenamientos: alemán, austríaco, británico..., en mayor o menor medida (56)—, parece que debe regir en

(55) El apartado e) del artículo 124.1 se refiere a la remoción o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada. Creo que está previsto para el caso de infracción directa de este concreto derecho de explotación. Mas quizá pudiera ser aplicable también para los casos en que se comunique públicamente una reproducción ilícita de una obra plástica, cuando tal comunicación se hace dolosa, conscientemente de la ilicitud de la reproducción y de la trascendencia de todo ello (perjuicio para el autor...), lo que hace indirectamente ilícita tal comunicación pública.

(56) Datos y referencias legales más concretas, CARRASCO PERERA, *ad art. 124, op. loc. cit.*, pág. 1683.

esta materia como principio rector, cuya aplicación concreta variará según los casos y circunstancias.

8.4. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

8.4.1. *En general*

Esta consecuencia de la reproducción ilícita es, en principio, **reparatoria** del perjuicio sufrido por el titular del derecho de autor a causa de la infracción. Mas por tratarse la propiedad intelectual de un derecho absoluto, compete a su titular obtener la restitución de todos los provechos obtenidos ilícitamente por otro a su costa —según los criterios normativos típicos de esta clase de **derechos**—. Ello quiere decir que junto a la acción **indemnizatoria** ex artículo 125 parece que sea procedente también, aún no mencionada, la acción de enriquecimiento injusto frente al infractor, a cuya viabilidad aquí contribuiría la expresión «sin perjuicio de otras acciones que le correspondan» [al titular], del artículo 123 **LPI**, cuando alude a las acciones de cesación de la actividad ilícita y de indemnización (57).

El artículo 125 concede al perjudicado la opción, a efectos de indemnización, entre «el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita», y «la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación».

- a) El «beneficio que hubiera obtenido...» viene a coincidir con el clásico lucro cesante de la acción **indemnizatoria** común. Le son aplicables, pues, en principio, los criterios doctrinales y jurisprudencia conocida en esta materia —**bastante** restrictiva, en general: cfr. S. 8 de octubre de 1984, a título de **ejemplo**—. DÍEZ PICAZO sugiere que para el cálculo de ese beneficio se tomó en consideración la ganancia verosímilmente alcanzable de haberse mantenido el curso normal de los acontecimientos, conjugada con la ganancia

(57) En ese sentido, DÍEZ PICAZO, comentario art. 125 **LPI**, en *Comentarios a la Ley...*, cit., págs. 1695-1696.

Con referencia al Derecho comparado, me permito recordar que el artículo 504 de la americana *Copyright Act 1976* prevé, en un sistema complejo y como una de las opciones que brinda al perjudicado, percibir como indemnización, junto a los daños sufridos a causa de la infracción («actual damages»), «todos los beneficios obtenidos por el infractor e imputables a la infracción y no tenidos en cuenta para el cálculo de los *actual damages*». En cambio, en el artículo 97 de la ley alemana de 1965 es alternativa (opción del perjudicado) la indemnización por daños y perjuicios (si la infracción fue dolosa o culposa) y «las ganancias obtenidas por la infracción, mediante una liquidación detallada de tales ganancias».

real del titular del derecho vulnerado (inferior a la anterior, por hipótesis) y con la prueba de que en la diferencia o reducción del beneficio ha influido la actividad ilícita del infractor (58).

- b) En cuanto a la «remuneración que hubiera percibido [el titular] de haber autorizado la explotación», especie de *damnum emergens* adecuado a este caso, deberá calcularse con datos objetivos más seguros que en el supuesto anterior, muchos posibles y dependientes de las múltiples variantes del caso (tráfico de la obra de arte reproducida, número de ejemplares originales y de los realizados, prestigio del autor, etc.).

8.4.2. *El daño moral*

Alude el artículo 125 a la indemnizabilidad del daño moral, no subordinada a la existencia y prueba de perjuicio económico; e indica las circunstancias a tomar en consideración (las de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra). Precepto este innecesario, ya que aún no mencionado aquí el daño moral sería igualmente indemnizable. Y en cuanto a las circunstancias dichas, son sólo a título ejemplificativo, lo que no impide que pueda y deba atenderse a otras cuando resulten relevantes para la cuantificación de la indemnización.

El daño moral aludido en este artículo 125 es el habido por lesión del derecho moral del autor; y es compatible con el daño moral producido al mismo autor en sentido general (en su honor, por ejemplo) (59). Este último será reparado según las reglas generales pertinentes (LO 5 mayo 1982). Aquél será indemnizado con independencia también de los perjuicios materiales en el derecho de explotación vulnerado, si los hay (aunque no es necesario que los haya): es decir, cumulativamente, si concurren, o sólo el daño en el derecho moral si no hay perjuicios derivados directamente de la reproducción ilícita.

8.4.3. *Prescripción de la acción indemnizatoria*

Otro extremo en que difiere esta acción indemnizatoria de las de Derecho común es en cuanto al plazo de ejercicio: cinco años «desde que el

(58) *Op. loc. cit.*, pág. 1697.

(59) Una muestra más de su compatibilidad y diferente régimen jurídico de cada daño moral es el distinto plazo de prescripción de las respectivas acciones reparatorias: de cinco años para el del derecho moral (art. 125-3.º LPI), de cuatro años (de caducidad) para el daño moral en la LO 5 de mayo de 1982.

legitimado pudo ejercitarla» (frente al año de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual, y los quince años en la culpa contractual). El cómputo de ese plazo no difiere, en cambio, de la regla general del artículo 1.969 del Código Civil, a cuya doctrina y **jurisprudencia** me remito.

8.5. MEDIDAS CAUTELARES

8.5.1. *Idea general*

Son medidas de ejercicio y aprobación judicial, con lo que la ley de 1987 se separa de ciertos precedentes hispanos (LPI de 1879 y normas posteriores, e incluso de su Anteproyecto de 1984) y de otros ordenamientos cercanos (francés e italiano), aunque se aproxima en ese orden a los anglosajones. Las medidas previstas en el artículo 126 son casos especiales de las generales del artículo 1.428 LEC y su enunciado no es exhaustivo.

Las palabras iniciales del artículo 126 indican que estas medidas, cuya adopción debe solicitar el actor interesado, pueden ser decretadas no sólo después de cometida la infracción sino «cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente». Compete al Juez apreciar la «necesidad» (también requisito legal) para la protección urgente del derecho lesionado, y la inminencia de la infracción, en cuya valoración tendrán notable peso las circunstancias concretas del caso.

8.5.2. *Medidas adoptables*

He aquí, esquemáticamente, las del artículo 126 LPI, y por su orden:

- a) La intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. Esta medida tiene clara finalidad aseguratoria de la efectividad de la eventual sentencia condenatoria y de la posible indemnización, si ha lugar. Normas complementarias de ésta, además del artículo 1.428 LEC, son el artículo 1.785 del Código Civil y el Real Decreto 34/1988. Compatible también con esta medida, las propias de Derecho común (por ejemplo, embargo preventivo, del art. 1.397 y ss. LEC, al que se parece aquélla, pero con la que no se confunde).
- b) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución o comunicación pública, según proceda. Es semejante, aunque anticipada, a la medida del artículo 124.1.a) LPI, que en su momento glosé.

- c) El secuestro de los ejemplares producidos y del material empleado para ello. Tiene una doble función: garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria —y de la medida del artículo 124.1.c) que en la misma puede **decretarse**—; y probatoria, para evitar la desaparición de elementos de prueba (los ejemplares producidos y los elementos empleados para ello) de la infracción cometida, para el proceso pertinente. Esta medida es igualmente compatible con otras semejantes que prevé la LEC (art. 1.428 y concordantes, ya conocidos).

En cuanto al *procedimiento*, véase el artículo 127 **LPI** y el tantas veces citado artículo 1.428 LEC, al que el primero se remite.

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil