

Principios y problemas de la Propiedad Intelectual

SUMARIO: I. *Consideraciones generales sobre los principios y problemas de la propiedad intelectual en el momento actual.*—II. *Consideraciones generales sobre lo que debe entenderse por principio:* A) Principios institucionales. B) Principios constitucionales.—III. *Aplicaciones de la teoría de los principios a la legislación de propiedad intelectual:* A) Principios institucionales: a) La propiedad intelectual como propiedad especial. b) La creación y ejecución como punto de partida para su reconocimiento. c) La obra y su soporte material. d) Diferenciación de facultades en el contenido de la propiedad. e) El principio de originalidad. f) La temporalidad. g) La publicidad. h) La protección y sus diversos ámbitos. B) Principios constitucionales: a) Principio de amparo y protección de la facultad creadora. b) Libertad creadora. c) La cultura y creación intelectual como función social. d) El acceso a la cultura. e) El principio de protección de la propiedad intelectual. f) Principio de limitaciones legales.—IV. *Incorporación de otros principios:* A) El principio de unidad legislativa. B) La creación individual, la colectiva y la societaria. C) El principio de compatibilidad entre la propiedad intelectual y la industrial. D) El principio diferenciador entre o que debe admitirse como propiedad intelectual y derecho conexo o derivado. E) El principio de generosidad en la admisión de manifestaciones de la propiedad intelectual y la previsión de un futuro. F) Precisión del principio que ha de regir las relaciones internacionales en la materia y estructuración de un sistema penal para paliar o impedir la piratería, reprografía y defraudación. G) Principios económicos.—V. *Problemas que pueden contemplarse:* A) El símbolo (C) del *copyright* o derecho a copia. B) La propiedad intelectual y su soporte físico. C) La protección de la propiedad intelectual. D) Los programas de ordenadores, videomática y Derecho.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS Y PROBLEMAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MOMENTO ACTUAL

El reconocimiento de la propiedad intelectual y, en consecuencia, el derecho de autor es un problema sin posible discusión dentro de una sociedad que pretende ser «opcionalmente» democrática, sobre todo cuando esta singular manifestación de la propiedad adquiere el rango de derecho y abandona históricamente el de antiguo «privilegio». Sólo un sistema totalitario, donde la masa anula al individuo como fuente de cul-

tura, como puede ser el sistema comunista, ciega el reconocimiento a esta posibilidad de la libertad humana. Si la grandeza de la creación reside en la originalidad y hay creación original —como dice LASSO DE LA VEGA— cuando el hombre combina los elementos ya existentes para sacar de ellos utilidades nuevas, la originalidad consiste, pues, en una forma de expresión. Así se llega a deslindar en la Ley centenaria de 10 de enero de 1879 lo que la de 1847 confundió: la propiedad de la obra y la comunidad de las ideas.

Las diversas Comisiones creadas a los efectos de elaborar un borrador de anteproyecto de la que ha de ser nueva Ley de Propiedad Intelectual están a punto de culminar los sucesivos trabajos que se han prolongado ciertamente en el tiempo. Fui uno de sus miembros, en su calidad de secretario, luego de vocal de la misma, y, por último, como «experto» en la materia, de ahí que quiera apuntar en este trabajo un conjunto de problemas que han ido surgiendo a lo largo de la confección de lo que puede ser en su día el texto definitivo de la Ley. Para ello me acojo a una formulación general de los principios en los que se inspiraba la antigua Ley de 1879, los que puedan derivarse de la Constitución Española, así como los que deban incorporarse o han sido ya incorporados al proyecto de texto legal. Igualmente en este trabajo pretendo llamar la atención de dos o tres problemas, ciertamente importantes, que en alguna ocasión ya he tratado separadamente.

Cuando accedo a la Comisión Legislativa, cumplidos ya los cien años de vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, lo hago en base de una Orden Ministerial de 9 de febrero de 1979, en la que las tres líneas directrices eran la de elaborar un anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual con la redacción de un texto íntegro, en el que habrán de tenerse en cuenta tres premisas fundamentales: *refundir e incorporar* las diversas disposiciones posteriores a la vigente Ley, *adecuar* nuestras disposiciones a los compromisos internacionales adquiridos y *acomodar* sus preceptos a las circunstancias del presente. Evidentemente las diversas Ordenes que a ésta le siguieron no hacían mención a estas tres finalidades, en el fondo por considerarlas supuestas y vinculantes a las diferentes Comisiones. Lo único que hicieron fue variar los nombres de ciertos vocales, ampliando, restringiendo o sustituyendo unos nombres por otros.

En estas consideraciones generales sobre los diferentes problemas que la Comisión legislativa ha tenido que abordar no es viable poder descender a detalles. Lo haremos, sin embargo, cuando afrontemos el problema de los principios y alguno de los temas elegidos para completar este trabajo. Lo único que sí es preciso decir, es que en el esquema que sirve de desarrollo a la Ley se ha precisado lo que debe enten-

derse por sujeto, por objeto y contenido de lo que se denomina propiedad intelectual. Capítulos específicamente referidos al derecho de autor regulan la duración de la propiedad intelectual, los límites a que debe estar sometida, la problemática del dominio público, toda la gama de incidencias que generan la transmisión de los derechos, así como los contratos especiales de edición y de representación escénica. Especialmente se destinan diversos capítulos a la obra cinematográfica y a los programas del ordenador.

No podía faltar en la nueva Ley una regulación específica de esa problemática que han planteado los derechos vecinos, afines o conexos, constituidos por los de los artistas e intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas o grabaciones de sonido, y empresarios o entidades de radio y televisión. De esa forma se desarrolla en sucesivos capítulos lo referente a cada uno de los puntos señalados. Igualmente se señalan dentro de esta materia la protección de las fotografías, los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales y un conjunto de derechos semejantes. Esencialmente importante, dentro de la normativa base, es el conjunto de medidas que toma el legislador para la protección de los derechos reconocidos en la misma a través de la regulación de las acciones y procedimientos, las sanciones y la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual.

Desde el punto de vista del Derecho transitorio hay un conjunto de reglas que tratan de resolver esos difíciles problemas que plantea la sucesiva aplicación de las leyes en el tiempo.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR PRINCIPIO

Nunca debe olvidarse que al hablar de principios generales estamos manejando los que nuestro primer cuerpo legal considera como la tercera fuente del Derecho, en defecto de Ley y costumbre. Desentrañar, destacar, diseccionar los que matizan, inspiran y se extraen de la legislación sobre propiedad intelectual, puede ser, en principio, una labor importante como punto de partida del estudio de esta particular manifestación de la propiedad. Si, como dice ESSER (1), en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema, no podía la materia de propiedad intelectual sustraerse a esta esquemática forma de entender una legislación.

(1) ESSER (J.): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

Para no oscurecer el punto que tratamos de aclarar, debemos partir de una clasificación simple y que a mí se me antoja de cierto valor actual. Se hace preciso distinguir dos clases de principios: los *institucionales* y los *constitucionales*. En las cunetas de nuestro camino a recorrer debemos dejar abandonadas otras clasificaciones que el autor anteriormente citado nos brinda: los axiomáticos, los retóricos, los dogmáticos, normativos, informativos, etc. Recordemos únicamente con este autor y con GARCÍA DE ENTERRÍA, CABANILLAS GALLAS y DE CASTRO (2) que los principios generales, cualquiera que sea su origen, resultan el instrumento idóneo para que se permita la presencia en el mundo del Derecho de unos criterios de valor, naturales o sociales, reales o simplemente objetivos, que actúan de estímulo, de límite, de orientación y de justificación de todo derecho posible.

A) PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

GARCÍA DE ENTERRÍA precisa que son los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a la misma todo su sentido y alcance y, a la vez, los que precisan, según la lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de lagunas existentes. Cada institución está construida sobre uno o varios principios generales del Derecho propios y específicos, sin perjuicio de que puedan afectarles otros de radio más amplio. Los principios institucionales son principios generales del Derecho, porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre, necesariamente, un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, módulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadoras de su funcionamiento. Es justamente en este punto donde se anuda el mundo formal de las normas y el material de los valores de justicia.

B) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La estructura y forma de desarrollar el contenido de nuestra Constitución vigente hace muy difícil la precisión del concepto de principio, pues en diversos lugares en la misma se habla de principios y en otros

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.): *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (libro homenaje a Ignacio Serrano). CABANILLAS GALLAS (P.): «Consideraciones sobre los principios generales del Derecho» (Discurso de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1976). DE CASTRO (F.): *Derecho civil de España*, 1949.

de derechos y deberes fundamentales, lo cual pudiera servirnos para acomodar a todo ello lo que doctrinalmente se ha entendido por concepto general de principios constitucionales que, de una parte, suponen aquéllos que definen cuáles son las relaciones entre la organización estatal y el Estado (quién ejerce el poder, cómo lo ejerce y para qué lo ejerce) y, de otra, los llamados principios inmanentes o informativos, principios directrices que vinculan al legislador, aunque para el individuo no constituyan derecho efectivo hasta que se incorporen al derecho sustancial o material. Dentro de estos últimos al artículo 9.º de la Constitución, en su párrafo 3.º enumera los de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Con ello, sin embargo, como puede entender cualquier intérprete, no se agotan esos principios informativos de la Constitución que también vinculan al legislador, como pueden ser el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, el principio de territorialidad de determinadas leyes, el criterio de la reciprocidad, el principio de la integridad física y el derecho a la vida, etc.

III. APLICACIONES DE LA TEORIA DE LOS PRINCIPIOS A LA LEGISLACION DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Las ideas expuestas anteriormente en una forma un tanto esquemática deben servirnos, sin lugar a dudas, para poder volcarlas sobre la legislación de propiedad intelectual, para extraer de la misma el conjunto de principios que la informan. No obstante, y al lado de las aplicaciones de los principios apuntados mi propósito es llegar más lejos, pues anunciando los que puedan informar la legislación vigente pretendo también extraer de la Constitución española los que se refieren a la propiedad intelectual, así como una formulación de tipo general de los que pueden o deben ser incorporados a la legislación que ha de sustituir a la del año 1879.

A) PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

Hay que partir de una legislación vigente, con más de cien años de servicios prestados, surgida con motivo de un fracaso legislativo de formación de un Código unitario, caracterizada como legislación especial y que, como todas las de su época, trataba de resolver un problema *urgente*. En este caso la protección de los derechos del autor de una

obra científica, literaria o artística. De ella, como parte del ordenamiento jurídico, se deducen los siguientes principios que pasamos a enumerar:

a) *La propiedad intelectual como propiedad especial*

Cuando en el año 1889 (diez años después de promulgarse la Ley de Propiedad Intelectual) se publica el Código Civil, se incluye en el mismo la materia de propiedad intelectual dentro del título IV del libro 2.º que trata de las propiedades especiales, y se admite la vigencia de la legislación especial, lo que lleva a que las disposiciones del Código sobre propiedad se aplicarán en los casos no previstos por la Ley especial. Ello implica la aplicación subsidiaria de las disposiciones del libro 2.º que el Código dedica a la propiedad, incluido el Registro de la Propiedad.

El que esto sea así supuso, con base en la Real Orden de 20 de octubre de 1764, la sustitución del concepto de *privilegio* que la propiedad intelectual tuvo durante mucho tiempo por el de propiedad, con el de que desde entonces se la confirió. Habiendo recibido «carta de naturaleza» el concepto y la denominación de «Propiedad Intelectual» por la Constitución española, artículo 149, queda marginado el anhelo europeo, y concretamente el francés, de hablar de «derechos de autor». El que se la califique de propiedad especial y que en el fondo se le somete de forma subsidiaria a las disposiciones del libro 2.º que el Código dedica a la propiedad, no quiere decir que a la misma puedan ser aplicadas determinadas instituciones que puedan jugar en el concepto de propiedad general, entre otras cosas porque la propiedad intelectual, aparte de suponer un conjunto de derechos calificados como personales o personalísimos y otros de económicos, se resiste a la idea de aceptar determinadas instituciones como son la nota de perpetuidad de la propiedad común, el diverso sentido social que debe ejercerse para marcar los límites de la propiedad y, por último, esa distinción que se hace cuando se habla de bienes patrimoniales del Estado de uso, servicio y dominio público.

b) *La creación y ejecución como punto de partida para su reconocimiento*

Desde que comencé a preocuparme por la materia de propiedad intelectual sospeché que los especialistas eran «alérgicos» a ciertos matices que la Ley destacaba y que ellos no quisieron reconocer o discutir. Y así vino la tremenda confusión de que lo que regula la legislación de propiedad intelectual es la *propiedad de la idea* y de que el nacimiento de la propiedad surgía por el *requisito de la inscripción* en el Registro de la Propiedad Intelectual. Los que han dedicado comentarios a esta for-

ma de propiedad creo que desconocen el libro fundamental del que fue autor material de la Ley, MANUEL DANVILA Y COLLADO (3). Este autor dice que «los que impugnan el principio, sosteniendo que el pensamiento es fugaz, que es propiedad de quien lo concibe mientras no sale de su cerebro, y después mora en el dominio de quien lo recoge, desconocen que la propiedad intelectual no consiste en la propiedad del pensamiento, sino en el derecho exclusivo de reproducirlos bajo una forma material con todos los accidentes característicos del escritor». El Reglamento, clarísimamente, precisa, en su artículo 2.º, que para que la obra sea de su autor es preciso que éste la «conciba y realice» si es científica o literaria o «la crea o ejecuta» si es artística. No creo que el texto definitivo que se apruebe llegue a superar una definición tan correcta y tan significativa como la que hemos apuntado, y digo esto porque en uno de los borradores que obran en mi poder, aún y a pesar de mi insistencia, se refunde el concepto de creación, concepción, realización y ejecución y así se dice que se considera autor a la persona natural que crea, concibe o realiza alguna obra científica, literaria o artística.

c) *La obra y su soporte material*

Habíamos partido en el principio anterior de que la propiedad intelectual surge con su realización o ejecución, lo cual significa que la *concepción* o idea debe materializarse en algo que la haga visible y tangible: esto es, en un soporte. Surge así la compatibilidad entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria sobre dicho soporte. En una de las formulaciones generales que puede contener el texto de la nueva Ley se hacía compatible la propiedad intelectual con el soporte material, con la propiedad industrial y con los derechos conexos o afines. No sé si el texto definitivo recogerá la totalidad de esta compatibilidad, pero es importante destacarla, ya que en el mercado del libro ha surgido con una gran relevancia la figura de la *edición facsímil*, que estudiamos en forma especial dentro de los problemas que aportamos a este trabajo.

Quizá donde mejor se descubra el desdoblamiento de propiedades referida a la intelectual y a la ordinaria que recae sobre el soporte físico, sea en el ejemplo de las cartas dirigidas por una persona a otra. La propiedad intelectual es de quien las escribe y la propiedad material de quien las recibe o tiene. Igualmente pasa con los ejemplares de los libros. Donde puede haber cierta dificultad es en la obra de arte, pero ya el

(3) DANVILA Y COLLADO (M.): *Propiedad Intelectual. Legislación española y extranjera*, 1882.

artículo 9.º de la Ley de 1879 soluciona el tema de la reproducción, la exhibición y la posible reversión en caso de cesión.

d) *Diferenciación de facultades en el contenido de la propiedad*

Este principio resulta difícilísimo extraerlo de la legislación de 1879, ya que es una construcción posterior la que estima o bien que el derecho de autor es único, pero de naturaleza mixta, pues se trata de un derecho de la personalidad con trascendencia patrimonial, o que contiene dos derechos o facultades: el moral de autor con proyección de derecho personalísimo y el derecho de propiedad intelectual con arraigo en el campo patrimonial.

De cualquier forma, ya DANVILA, en sus comentarios, hablaba de que la propiedad intelectual es «la manifestación voluntaria y libre de la personalidad». Otros autores han querido ver en el artículo anteriormente citado sobre la obra de arte (art. 9.º) la distinción entre los derechos de contenido patrimonial, susceptibles de ingreso en el tráfico jurídico y los de índole moral sustraídos al mismo por su vinculación a la persona del autor. En tal sentido cabe citar al autor ALVAREZ ROMERO (4).

Entiendo que el conjunto de derechos personalísimos o morales que matizan el derecho de propiedad intelectual hay que buscarlos en diversos artículos de la Ley y su Reglamento. Así, lo que se ha denominado derecho «al inédito» está en el artículo 44, al decir en el inciso final del párrafo 1.º «manifieste en forma solemne su voluntad de que la obra no vea la luz pública». Igualmente el derecho a exigir que se haga pública la autoría (arts. 31 de la Ley y 118 del Reglamento), el de exigir respeto a la integridad de la obra (arts. 24 y 40 de la Ley), el de retirar la obra de la publicidad (arts. 20 y 23 de la Ley), etc. El borrador del anteproyecto de Ley parte de la base de distinguir dos clases de derechos dentro de la propiedad intelectual. Unos, que se consideran como morales aceptando la denominación francesa y que suponen un conjunto de facultades, entre las cuales destacan la de decidir si la obra ha de ser divulgada, la de si divulgación debe hacerse o puede hacerse con el nombre del autor en forma de pseudónimo o signo o anónimamente, la de exigir el reconocimiento de la paternidad de la obra y el respeto a la integridad de la misma, la de modificar la obra respetando los derechos adquiridos y la de retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales previa la correspondiente indemnización. De otra parte, la legislación recoge el conjunto de derechos que se agrupa bajo la forma de explotación y sus diferentes variedades.

(4) ALVAREZ ROMERO (C. J.): *Significado de la publicación en el Derecho de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1969.

Los aspectos patrimoniales de la propiedad intelectual se concretan dentro del Código Civil en dos vertientes, ya que el artículo 428 recoge diversos artículos de la Ley y el Reglamento y los concreta en los de explotarla y disponer de la obra.

e) *El principio de originalidad*

No resulta pacífica la aceptación de este principio, ya que algunos consideran que va implícito en el de creación. No obstante, la Ley de 1879 parte del mismo, cuidándose de precisar en el artículo 2.º, 2, la distinción entre la obra «original» y la traducción; en la regulación de la figura de la defraudación incluye la «imitación» como causa de la misma (art. 47), lo que nos lleva a reconocer el mismo principio: la obra ha de ser original para distinguirla de la copia o imitación de otra.

El borrador del proyecto de Ley, al definir lo que debe entenderse por propiedad intelectual, acepta en principio este mismo criterio, pero no lo refiere al autor en sí, sino al definir el objeto de la propiedad intelectual como «creación *original* literaria, científica o artística».

f) *La temporalidad*

Frente al carácter perpetuo de la propiedad de las cosas, la intelectual ofrece la especialidad de que es una propiedad *ad tempus*, es decir, limitada al tiempo. La propiedad intelectual dura la vida del autor, por lo que se trata de un derecho vitalicio, como puede ser el usufructo, y se transmite a los herederos por un número de años a contar desde su muerte, que en la legislación de 1879 era de ochenta años. El problema de la temporalidad y el juego de la transmisión hereditaria en el borrador del anteproyecto de la nueva Ley ha sido sometido a un conjunto de consideraciones que deberán ser decididas en última instancia por el legislador, el cual podrá optar entre acercarse a la legislación europea, en la cual la propiedad intelectual dura la vida del autor y se transmite por un período de cincuenta años a los herederos o mantener esa legislación pionera española que respeta la propiedad intelectual durante la vida del autor y la hace transmisible a los herederos por ochenta años más. Este principio de temporalidad tiene en la nueva legislación un tratamiento diverso, según se trate de obras literarias, científicas, artísticas, o bien de derechos conexos, derivados, producciones fonográficas, fotográficas, propiedades atribuidas a personas jurídicas, etc.

g) *La publicidad*

Hemos de entender la publicidad en una de sus manifestaciones, esto es, en aquel aspecto que tiene por finalidad hacer público el conocimiento de un hecho o situación que se concreta en la comunicación de la obra de la inteligencia al público en general, cualquiera que sea el procedimiento utilizado. La Ley, en este sentido, está cuajada de referencias al hecho de hacer pública la obra, por ello, hemos de entender que el principio debe ser entendido en el sentido amplio, comprendiendo la edición, la ejecución pública, la representación, la lectura o conferencia, la difusión mecánica, telefónica, radiotelefónica o de radiotelefonía, exposición pública, etc.

El gran enigma de la Ley, sin embargo, está en su artículo 8.º, que con su pronunciamiento general pone en entredicho el concepto mismo de creación y parece dar a entender que se está refiriendo a las obras inéditas: «no es necesaria la publicación de las obras para que la Ley ampare la propiedad intelectual». DANVILA concreta el supuesto a los casos de lecturas, conferencias, explicaciones de cátedra, sermones, etc., en los que para él no existe publicación, pero sí protección. Ello reduce el sentido amplio con el que hemos mantenido el principio.

En el proyecto de la nueva Ley se ha avanzado algo en este punto, ya que de una parte se acepta como propiedad intelectual toda obra, atribuyéndose su titularidad y propiedad por el solo hecho de la creación, sin que sea necesaria la publicación. No obstante, el proyecto de Ley en un afán excesivamente definitorio, cae en la gran trampa de precisar los conceptos de divulgación, publicación, reproducción, distribución, comunicación y otros diversos, lo cual ha de plantear serios conflictos en el momento de su aplicación.

h) *La protección y sus diversos ámbitos*

El principio de protección de la propiedad intelectual, razón justificativa de la legislación, se estructura bajo diversos principios, según tenga un aspecto nacional o internacional:

= *La protección nacional* se traduce en tres órdenes o direcciones: la registral, la judicial y la gubernativa. La protección registral, quizá mal concebida por los autores de la Ley, reside en la «inscripción estimulada» con sanción grave para su incumplimiento, permitiendo a todos utilizar la obra en dominio público. Debe alegarse en estos momentos que el texto de la Ley de 1879 lo redactaron los propios autores, los cuales consideraron que la ins-

cripción debería proteger la propiedad intelectual y que si esta protección no se aceptaba por el autor la obra caería en dominio público, pudiendo ser explotada por cualquiera.

La protección judicial se concreta en el delito de defraudación en los casos y situaciones que define la Ley y el Código Penal. Y la protección gubernativa la señala el artículo 49 de la Ley y concordantes del Reglamento, que hoy han quedado superados por lo dispuesto en la Constitución y de lo que luego hablaremos.

- = *La protección internacional* se rige, en principio, por el sistema de *reciprocidad*, señalado en el artículo 50, aunque la Ley contiene diversas aplicaciones en materia de traducciones (arts. 12 a 15) y defraudaciones (arts. 47 y 48). En la nueva Ley, a pesar de lo que dispone el artículo 18 del Código Civil, se parte también del criterio de la *reciprocidad*, manteniéndose el de *igualdad de trato* para determinados casos que, tanto en el texto como en disposiciones transitorias, se señalan en forma especial.

B) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La Constitución española vigente acude al llamamiento que la propiedad intelectual exige y, en diversos artículos, se ocupa del tema en forma de principios programáticos que han de traducirse en su día en esa exclusiva de reserva legislativa que para el Gobierno español significa el pronunciamiento del artículo 149. En una forma muy sintética podríamos enunciar los principios que deben regir el futuro de la nueva legislación, distinguiendo los siguientes:

- a) *Principio de amparo y protección de la facultad creadora como medio de difusión de la cultura*

Las medidas que se adopten difícilmente pueden tener cabida en la Ley general y serán disposiciones complementarias las que solucionen a través de estímulos, premios, becas, seminarios, etc., el principio. Una cosa, sin embargo, es la intención y otra su realización, pues para ello será preciso la colaboración de todo el entramado gubernamental y el de las Autonomías. Con ello quiero poner de manifiesto una frase del actual Presidente del Gobierno, que en la Universidad Menéndez Pelayo, de Santander, dijo que *no podemos perder ni que se malogren talentos*. Me imagino que lo diría para los actuales y no sólo para los que puedan venir, que también son dignos de protección, pero frente a ese anhelo

van a surgir leyes como la de las incompatibilidades, que secarán fuentes de inspiración y abrirán paréntesis claves en la creación.

Es curioso cómo en el borrador del anteproyecto de la nueva Ley de Propiedad Intelectual este sentido de protección y amparo de la *facultad creadora* no tiene gran transcendencia, puesto que la Ley lo que regula es la propiedad intelectual que ya ha surgido, que ya está dentro de las formas admitidas para su reconocimiento y de ahí que se tomen medidas de protección al derecho de autor durante la vida del mismo y con posterioridad, estableciendo tasas, derechos de plusvalía y cánones o impuestos para la posible producción de sus obras.

b) *Libertad creadora*

Habiendo establecido la Constitución en su artículo 1.º como valor superior a su ordenamiento jurídico el «principio de libertad», resulta de una lógica aplastante que el artículo 20 reconozca y proteja el derecho a «expresar y difundir» libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Todo ello, sin perjuicio de las restricciones que la misma Constitución reconoce.

c) *La cultura y creación intelectual como función social*

Hay en el conjunto de disposiciones que estructuran y dan contenido a la Constitución una configuración de la cultura y de la creación intelectual con proyección social. Demuestra esta afirmación, convertida en principio, el hecho de que se reconozca por el artículo 20 la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como la libertad de cátedra, especificando el artículo 149, 2, que «el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial» y considerando el artículo 50 como servicio social, el de cultura. Podría alegarse también el artículo 148, 1, 17, que atribuye a las Comunidades Autónomas «el fomento de la cultura y de la investigación».

d) *El acceso a la cultura*

Es aquí donde reside el tremendo dilema de la *exclusividad* de los derechos de autor y la necesidad de que el pueblo acceda al conocimiento cultural. Compatibilizar este sistema de intereses puede ser el reto de la nueva y progresiva legislación.

No entendí nunca que la «cultura» se me ofrezca como situación contractual del «doy para que des», pues el principio quiebra en su

aplicación general. Ya puedes dar todo, sabiendo de antemano que no vas a recibir a cambio nada en la mayor parte de los casos. Por ello, en este principio contractual de la cultura, no puede fundarse la limitación de la propiedad intelectual y su acceso. El acceso a la cultura tiene dos cauces sociales que pueden conciliar el derecho de autor y, como decía DANVILA, son los que pueda tener la sociedad en la propagación de los conocimientos útiles y el que indudablemente exige el progreso de la ciencia. Es evidente que me estoy refiriendo al «acceso» cultural a través de los nuevos medios mecánicos que antes eran fichas y ahora se han convertido en fotocopias. ¿Dónde van a estar los límites entre el acceso a la cultura usual y el que pueda reportar un abuso de Derecho? La nueva Ley en este punto no creo que se haya atrevido a abordar de plano y rigurosamente este principio, puesto que bajo la idea de una protección a ultranza del derecho de autor, restringe en forma indirecta el posible acceso a la cultura de los ciudadanos para aquellas obras que estando en dominio público necesiten del pago de un canon para que el ciudadano pueda acceder a las mismas. Esto, sin perjuicio del posible impuesto o gravamen que se establezca para las reproducciones de las obras en todos sus aspectos.

e) *El principio de protección de la propiedad intelectual*

Siempre he considerado que la enunciación del principio, sus consecuencias y realidades normativas deben responder a los presupuestos establecidos. En la Constitución quiebra esta ideología, ya que la formulación de la protección y amparo de la propiedad intelectual luego se recorta en base de negar jurisdicción al campo gubernativo. Frente a la Ley que regula el derecho de propiedad intelectual del año 1879, la Constitución recorta la protección y la reduce a la registral y a la judicial, como antes vimos.

El borrador del anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual ha intentado introducir, no sabemos si con posibilidades de éxito, dentro del texto algo que sustancialmente viene a estar en contradicción con el artículo 20 de la Constitución, atribuyendo facultades de intervención al campo gubernativo o administrativo. El hecho de que solamente a través de la sanción judicial puedan limitarse o reducirse los actos fraudulentos, los actos de piratería, etc., contra la propiedad intelectual, va a crear una situación que jurídicamente puede ser correcta, pero de cierta ineficacia en el campo de la práctica. El legislador español tiene aquí otro gran reto para dentro del principio constitucional, poder remodelar esta intervención administrativa en el campo de la propiedad intelectual.

f) *Principio de limitaciones legales*

El artículo 20 de la Constitución, que reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, establece como límites el respeto a los derechos y deberes fundamentales de que habla la Constitución y singularmente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Pero es que, además, no debe olvidarse que la propia Constitución, al reconocer en el artículo 33 el derecho a la propiedad privada (y la propiedad intelectual es una especie de ella), entiende que la misma quedará «delimitada» en su contenido por su función social. Es indudable que la precisión de lo que debe entenderse por «función social» determinará el contenido de los derechos y que esa función no puede ser idéntica a la que pueda aplicarse a la propiedad en general. El ejemplo que puede diferenciar el tratamiento jurídico de ambas propiedades viene representado por la Ley de Expropiación Forzosa, que por causas de utilidad pública o social puede provocar la expropiación de bienes en favor de la comunidad, pero que aquí tropezaría con el doble contenido que la propiedad intelectual tiene: de una parte, el aspecto puramente moral de las facultades que la integran quedarían fuera de su posible expropiación, pudiendo ser solamente objeto de la misma el derecho de explotación y los demás económicos que se deriven de la propiedad intelectual.

Algo de eso viene a traslucirse en uno de los artículos del borrador de anteproyecto, cuando al enumerar las facultades de que el autor goza dentro del aspecto moral de su derecho, afirma rotundamente que las mismas son inalienables e irrenunciables. En el concepto de inalienabilidad está incluida no solamente la venta, enajenación, transmisión, sino también el de expropiación forzosa.

VI. INCORPORACION DE OTROS PRINCIPIOS

Todo lo que se diga en este punto resulta puramente especulativo, o de *lege ferenda* y sujeto a las orientaciones que se puedan incorporar al borrador del anteproyecto. Dentro de los principios que la nueva legislación debe admitir cabría citar los siguientes:

A) EL PRINCIPIO DE UNIDAD LEGISLATIVA

Vuelve de nuevo a plantearse en este punto la polémica entre THIBAUT y SAVIGNY (5) y por razones de seguridad jurídica hay que pensar en una

(5) THIBAUT y SAVIGNY: *La Codificación*, Aguilar, 1970.

legislación jurídica de carácter unitario, aunque va a resultar difícil el llegar a una Ley que regule con amplitud todos y cada uno de los problemas que plantea la propiedad intelectual. A pesar de que la Orden Ministerial de 9 de febrero de 1979 manda refundir e incorporar las diversas disposiciones posteriores, resulta que algunas de ellas se han quedado atrasadas en el tiempo y otras no precisan, por una serie de razones comprensibles, ser incorporadas a la nueva Ley. Como ejemplo de esto pueden citarse una serie de disposiciones que se relacionan, pero no se incorporan al borrador del proyecto de Ley, tal es la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 sobre la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que a nuestro juicio incide en el concepto de propiedad intelectual. El cumplir la premisa de *refundir e incorporar* las diversas disposiciones posteriores supone plantear el tema del contrato de edición, que se regula en la nueva Ley con cierta minuciosidad, pero que exigirá una cláusula derogatoria de la Ley de 12 de marzo de 1975 o Ley del Libro en todos o en alguno de sus aspectos, pues la misma establece una serie de principios que o se incorporan a la nueva legislación o se rechazan de la misma. Igualmente la obra cinematográfica, regulada por Ley de 4 de mayo de 1966 y Decreto de 16 de febrero de 1967, exige una especial derogación o un aprovechamiento de alguno de sus aspectos. Las obras fonográficas reguladas por Orden de 14 de febrero de 1942 sobre ejecución de obras en discos y derechos de interpretación, la Orden de 10 de julio de 1942, por la que se concede a la obra fonográfica la consideración de obra protegida por la Ley de Propiedad Intelectual y la Orden de 1 de diciembre de 1942, habrán de ser derogadas, ya que la obra fonográfica se regula como derivada o conexa, etc. Igualmente la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (Ley de 16 de diciembre de 1954), al romper la unidad del folio registral, puede suponer un gran obstáculo para que el Registro sea unitario y pueda funcionar en el mismo plenamente el principio de especialidad, el de publicidad y todos sus derivados.

Ello exigirá al legislador un examen concienzudo de la normativa vigente para derogar aquélla que sea compatible con la nueva regulación y la admisión de aquellos supuestos que puedan ser incorporados. Este examen debe ser riguroso, pues de lo contrario existirían supuestos altamente sorprendentes que provocarían un desfase en la pretendida unidad legislativa.

B) LA CREACIÓN INDIVIDUAL, LA COLECTIVA Y LA SOCIETARIA

El tema es viejo, como la Ley que lo rige. DANVILA lo había planteado en relación con las Compilaciones, los Diccionarios, los almanaques, las obras ejecutadas por funcionarios, por encargo, las subvenciones, las procedentes de un premio o concurso, las de sociedades y entes jurídicos, etc. El problema está en poder conciliar lo que puede suponer el derecho de autor (que sólo puede ser individual) con la propiedad de la obra ejecutada, el anonimato, el grupo de trabajo, etc.

El borrador del anteproyecto arranca de la idea de considerar únicamente autor a la persona natural que crea, concibe o realiza alguna obra científica, literaria o artística, presumiéndose la calidad del mismo, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su firma o designación de modo usual. No obstante y teniendo en cuenta determinadas situaciones en las cuales resulta difícil averiguar quién es el autor, el proyecto entiende que hay que aceptar diferentes supuestos. Se parte de la distinción entre aquellas obras cuya creación es el *resultado unitario de la colaboración* de varios autores con aportaciones indeferenciadas, aquellas que podrían calificarse de *obras colectivas* que son concebidas por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica y que constituyan creación unitaria, de aquellas otras constituidas por la *reunión de obras o fragmentos de obras* que tengan el carácter de creación autónoma y, por último, de *obras independientes* que sin constituir creación unitaria se publiquen reunidas aunque guarden entre sí determinada relación. Lo cual puede generar problemas de interpretación en orden al principio de que se parte y a la excepción que se admite.

C) EL PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA INDUSTRIAL

Resulta importante hacer viable el principio de coexistencia entre una determinada «creación» de estas dos propiedades: una cosa es el *diseño* y otra es el *invento* con fines industriales. El ejemplo clásico que se ha puesto para diferenciar ambos supuestos es el del dibujo de un farol de automóvil que queda protegido como obra intelectual, pero que en su aplicación industrial debe quedar protegido a través del Registro de la Propiedad Industrial que ampara los inventos, las marcas, etc. Este criterio es respetado por el borrador del anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual.

D) EL PRINCIPIO DIFERENCIADOR ENTRE LO QUE DEBE ADMITIRSE
COMO PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO CONEXO O DERIVADO

Es quizá uno de los temas difíciles el tratar de deslindar ambos derechos. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (6) define los derechos vecinos o conexos, diciendo que coexisten con el derecho de autor sobre la obra creada y presentan cierta afinidad con el derecho de autor, ya que implican un cierto derecho de señorío sobre ella con las consiguientes facultades de explotación (artistas, intérpretes, ejecutantes, productores, etc.).

El borrador de proyecto de Ley esboza los conceptos de las personas mencionadas y brinda una definición considerando que son artistas, intérpretes o ejecutantes todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente, cante, recite, interprete o ejecute, en cualquier forma una obra y también al director escénico. A ellos se les concede un conjunto de derechos exclusivos para autorizar la fijación de sus actuaciones en determinados soportes sonoros o visuales, la reproducción de las mismas y la comunicación pública de ellas. Dentro de los derechos conexos o vecinos el borrador de la Ley, y este es un problema tremendamente discutible, se reconoce como tal a los productores de fonogramas a los que define como la persona natural o jurídica que realiza por primera vez la fijación sonora de una ejecución o de otros sonidos, considerándole como titular del derecho exclusivo de autorizar su reproducción total o parcial directa o indirectamente y la distribución de las copias de aquéllos, así como la comunicación pública que se realice. Igualmente trata el borrador del proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de las entidades de radio y televisión que gozan respecto de sus emisiones del derecho a autorizar determinados actos como son las retransmisiones simultáneas, la fijación en soportes de imágenes o sonidos aislados difundidas en emisión, la reproducción de las fijaciones, la comunicación pública de las de televisión, etc.

E) EL PRINCIPIO DE GENEROSIDAD EN LA ADMISIÓN DE MANIFESTACIONES
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PREVISIÓN DE UN FUTURO

Toda fórmula que se emplee para su precisión, genérica o enunciativa, debe ser siempre abierta, pues la evolución de los tiempos modernos ofrece modalidades singulares casi imposible de prever.

Frente a la fórmula tremendamente abierta y progresiva que utiliza el Reglamento de la Ley de 1879, hablándonos de *todos aquellos medios*

(6) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (M.): *Derechos reales, Derecho hipotecario*, Madrid, 1982.

de reproducción que existen o pueden inventarse en lo sucesivo, el actual borrador de la Ley aceptó con cierta cicatería esa fórmula progresiva que podía abrir los grandes caminos a un futuro ciertamente imprevisible y así, sin perjuicio de aceptar en parte la fórmula y de hablar de que el objeto de la propiedad intelectual es toda creación original literaria, científica o artística que se exprese por cualquier medio o soporte tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, en forma un tanto radical enumera una serie de supuestos que no agotan en el momento actual las manifestaciones de la propiedad intelectual, pues se habla de los libros, folletos, impresos, escritos, discursos, alocuciones, composiciones musicales, obras dramáticas, obras de dibujo, pintura, grabado, proyectos, planos, maquetas, diseños, gráficos, obras cinematográficas, obras fotográficas y programas de ordenadores.

Por razones obvias ha de considerarse que, sin perjuicio de los derechos que tenga el autor sobre la obra que podríamos llamar *original* y esta es la clave de la palabra, también deben ser objeto de propiedad intelectual las traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios o resúmenes y extractos, los arreglos musicales o cualesquiera otras transformaciones de una obra literaria o artística y, por supuesto, las antologías y otras formas de colección de obras ajenas que por la selección o disposición de las materias constituyen creaciones intelectuales.

F) PRECISIÓN DEL PRINCIPIO QUE HA DE REGIR EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN LA MATERIA Y ESTRUCTURACIÓN DE UN SISTEMA PENAL PARA PALIAR O IMPEDIR LA PIRATERÍA, REPROGRAFÍA Y DEFRAUDACIÓN

En estos casos entiendo que hay que brindar al legislador penal la remisión a la Ley especial y no viceversa. Esto es, que dentro de la Ley de Propiedad Intelectual puedan regularse los principios que han de regir las relaciones internacionales, así como también las normas de protección de carácter penal y civil para impedir o por lo menos paliar esa piratería o defraudación a que está sometida la propiedad intelectual.

Parece ser que el legislador penal ha accedido, quizá con cierta inconsciencia, a aceptar este principio y presumir que será la Ley especial de Propiedad Intelectual la que regule las infracciones, los delitos y las penas a que debe quedar sometido el acto de infracción o delictivo contra la propiedad intelectual. De ahí que en la estructuración del borrador del anteproyecto de la Ley se establezcan un conjunto de disposiciones acerca de las *acciones* y *procedimientos* que se conceden al autor o autores, y un conjunto de *sanciones* para penalizar aquellos actos frau-

dulentos. No entramos en la determinación de los mismos, ya que la regulación resulta altamente minuciosa y queda sometida a ese principio dilucidador entre la competencia legislativa que habrá de decidir en su momento cual es el sitio o lugar legislativo donde quede ubicada la materia; no obstante, si se distingue en el borrador la *infracción* de los derechos reconocidos en la Ley y, por supuesto, los derechos que se reconocen al titular para paliar esta infracción, así como las medidas cautelares que puedan adoptarse a través de la autoridad judicial. En la sección que regula los *delitos* contra la propiedad intelectual parece dogmatizarse su existencia sobre la base de la *intencionalidad* para los supuestos de reproducción, distribución o comunicación pública de una obra o una transformación de ella sin autorización. Igualmente se estructuran los delitos y se fijan las penas en la esfera de actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes, reproducciones de fonogramas y su distribución, retransmisión por hilo o sin hilo de una emisión de radio o televisión, reproducción, distribución o exposición pública de fotografías, reproducción, distribución o comunicación pública a través de una fijación visual, con o sin sonidos, de una secuencia con imágenes, etc.

Antes hemos apuntado cómo el borrador del anteproyecto esbozaba los criterios que han de regir las *relaciones internacionales* y en la segunda parte del presente trabajo abordaremos un problema de la reprografía ilegal y de los medios que a nuestro alcance pueden adoptarse para evitarla.

G) PRINCIPIOS ECONÓMICOS

Aceptada la *temporalidad* de la duración de la propiedad intelectual y suponiendo que la misma entre en el campo de las cosas de *uso público* y no de dominio público, puede plantearse el gran tema del llamado *dominio público pagante*; aunque si se parte de la aceptación de la temporalidad queda rota toda posible «participación» del autor o sus herederos en ese posible canon de utilización. El tema es difícil, peligroso, lo mismo que el de la plusvalía de la obra (*droit de suit*), así como ese otro sistema que obliga al pago de un determinado canon por la reproducción de obras a través de los diversos medios económicos existentes.

El borrador del anteproyecto de la nueva Ley regula, dentro de los derechos concedidos al autor, el que hemos llamado *dominio público pagante*, estableciendo que la utilización total o parcial con fines lucrativos de las obras en dominio público devengará un canon cualesquiera que sea el país de origen de las mismas, siempre que se den los casos y las modalidades que la misma Ley establece. Ello supone la consecución de un anhelo, pero que está en contradicción con los posibles

derechos de reproducción que se conceden a cualquier persona por la misma Ley. La conciliación y el equilibrio de ambos derechos será la que determine, dentro del ámbito de la legislación, el criterio que debe ser aplicable. No obstante, habrá que tener en cuenta que la Ley del Patrimonio del Estado debe ser derogada *parcialmente* en este punto, y concretamente en sus artículos 99 y 174 de su Reglamento. Reconoce el borrador del anteproyecto el *derecho de plusvalía* que en los casos de reventa de obras de artes plásticas que se efectúen en pública subasta, en establecimiento mercantil o con intervención de un comerciante o agente comercial, se concede al autor la participación de un determinado canon. Igualmente, dentro de los *derechos económicos* que se regulan en el borrador y que quedan pendientes de una posible decisión política, está el de la participación que se concede a los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma, film cinematográfico o cualquier otro soporte sonoro o visual, con los editores o productores de dichos soportes, y los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones se hallan fijadas en los mismos, en un canon compensatorio de los perjuicios presuntos que puedan derivarse de las reproducciones de tales soportes, efectuadas para uso personal por medio de aparatos mecánicos no tipográficos. El canon se exigiría a los fabricantes de los aparatos reproductores, de las cintas vírgenes o dispositivos sonoros o visuales análogos, así como de los importadores de unos y otras y no podrá ser superior al 5 por 100 del precio de venta al por menor de los aparatos y dispositivos. Ello obligaría a la creación dentro del Ministerio de Cultura de una entidad de gestión y la aprobación de unos Estatutos.

Quedan sin resolver en el borrador de la Ley algunos problemas que trataremos de forma especial en la segunda parte de estas notas, pero que quizá no deban ser objeto de una disposición legal y sí de un posible Reglamento, aunque la Ley, por su extensión, densidad y minuciosidad, parece acercarse más a lo que en la doctrina jurídica se llama Ley-Reglamento y no Ley de principios en espera de un Reglamento que la desarrolle. Sirvan de ejemplo de estas omisiones el tratamiento del título de la obra que puede generar diferentes presunciones a efectos de un posible delito, la protección internacional del símbolo del «copyright» o su análogo discográfico, el desarrollo del principio de protección registral, el soporte físico de la propiedad intelectual que no ha quedado plenamente deslindado dentro de la Ley y algún otro problema que apuntaremos posteriormente (7).

(7) Algunas de las ideas y parte del texto que se brinda han sido objeto de otra publicación anterior (núm. 9, enero 1984, *República de las letras*). Igualmente lo referente al problema del símbolo © del copyright también tuvo acogida en el número 7 de junio de 1983 de la misma revista.

V. PROBLEMAS QUE PUEDEN CONTEMPLARSE

A) EL SÍMBOLO © DEL «COPYRIGHT» O DERECHO A COPIA

Uno de los temas que no han sido recogidos por el borrador del anteproyecto, a pesar de que la Orden Ministerial creadora de la Comisión que habría de elaborar el mismo, disponía que habría que *adecuar* nuestras disposiciones a los compromisos internacionales adquiridos y *acomodar* sus preceptos a las circunstancias del presente, es el del símbolo © o *copyright* o derecho a copia. Debió ser en el siglo XVIII y hacia el año 1790 cuando en Estados Unidos se cristaliza en una disposición la protección de los derechos de autor en su diferente concepción europea. Desde entonces hasta ahora se dictaron muchas normas hasta la Convención Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de junio de 1971, ratificada por España en 7 de marzo de 1974. Conviene resaltar que además de estas normas existe dentro de la legislación española, la Resolución de la Dirección General de Archivos y Bibliotecas de 24 de junio de 1964 que obliga a consignar en todas las obras sujetas a inscripción el símbolo © del *copyright*. Teniendo sobre el tapete las disposiciones sobre el símbolo solamente falta destacar el hecho de que en la televisión española, desde hace muy poco, en ciertas producciones se consigna al final el símbolo o la palabra *copyright*, seguido del patronímico de TVE y el año. Al no ser un asiduo al cine, no puedo asegurar si las producciones españolas consignan esta palabra seguida del símbolo, pero sí creo haberla visto en algunas extranjeras al comienzo, seguido de la advertencia de que la semejanza de los hechos que se narran con la realidad será mera o pura coincidencia.

La autoría de la obra puede ser atribuida al que figura como tal en la portada de la misma, pero su propiedad, cosa distinta de la titularidad, ya resulta dudosa porque el empleo del símbolo anteriormente citado puede estar a nombre del autor, del editor o de otra persona, es decir, que en una misma obra pueden figurar varios *copyright*. Por si fuera poco, algunos de estos símbolos llevan una nota en la que se prohíbe la reproducción de la obra y se reserva al *editor* las siguientes cosas: *reproducir o transmitir por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo la fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación*, cosas que legalmente pertenecen al autor, que es el que debe autorizarlo, salvo que haya transmitido el derecho al editor. La fórmula, en las ediciones de libros, empieza a ser una especie de *cláusula de estilo* de las publicaciones, pues no hace poco, al leer gozosamente el libro *Mazurca para dos*

muertos, de Camilo José de Cela, parpadearon mis ojos al comprobar la existencia de dos *copyright* (uno para el autor y otro para el editor) y leer en una nota a pie de página que «ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor». La nueva Ley en su proyecto de redacción pudiera evitar esta problemática que está induciendo a una auténtica confusión.

El símbolo *copyright* en su versión española supone, para aquellos no iniciados en la materia, una auténtica perplejidad muy parecida a la que Televisión Española ofrecía cuando algún cantante, que no lo hacía en directo, proyectaba en la imagen la frase *play-back*. Quizá los televidentes puedan tener con esa noticia en inglés la misma sorpresa que cuando los extranjeros llegan por Navidades a España y leen en un quiosco de lotería aquella frase indescifrable para ellos de que «hay participaciones del Niño».

Las traducciones de palabras no han sido nunca muy acertadas en materia de propiedad intelectual y derechos de autor. No es este el momento de poner ejemplos, pero los hay muy abundantes. Quizá, por ello, el empleo de la palabra o del símbolo © se utiliza por no haber llegado a una acepción estimable en castellano o porque se trate de una imposición de tipo universal. Algo parecido al STOP, que, sin embargo, en ciertos países hispanoamericanos ha sido sustituido por la palabra castellana PARE.

La traducción que doy al término, aun no sabiendo inglés y, por supuesto, resistirme a la imposición de aquellas islas para aprenderlo, es la de algo así como *tener derecho a copia*, poder reproducir en exclusiva una obra literaria, científica o artística. Ello supone en términos legales el aspecto *patrimonial* de la propiedad intelectual de que antes hablábamos. El autor, como contenido material de su derecho, tiene el de publicar y reproducir la obra en exclusiva. Nadie, sin su permiso o en virtud de cesión o transmisión, puede publicar una obra ajena. La letra © encerrada en un círculo es un símbolo, una especie de escudo de armas, que el autor tiene y le da derecho en *exclusiva* a la publicación de su obra. De ahí no debe pasar la cosa, pues la otra vertiente de la propiedad intelectual que cristaliza en derechos o facultades personalísimos o morales, no quedan comprendidas en el *copyright*. Digo esto, porque cuando un autor cede el derecho de explotación de su obra, el que la adquiere puede atribuirse su *copyright* que le asegura la adquisición. Igualmente una *persona jurídica*, que sólo excepcionalmente puede considerarse como autor, según lo antes visto, puede ostentar su *copyright* como acreditativo de la explotación en exclusiva.

La legislación no exige ningún requisito previo, simultáneo o posterior para el logro del *copyright*, pues simplemente el autor debe ponerlo en los trabajos que publica. No hay que hacer nada, no hay que tramitar nada, sino que cuando se trate de obras sujetas a inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual resulta obligatorio consignarlo como requisito. Lo que pasa es que las películas y las producciones discográficas, así como las del vídeo, cassette, etc., tienen una legislación especial que, en principio, las sujetas al Registro, pero que al no ser desarrollada debidamente no tiene la eficacia que se pretendió para ellas. De todas formas, creo que es importante poner la © de *copyright* con una visión de futuro en base de lo que luego apunto.

Muchas veces la norma es interpretada caprichosamente y, por ejemplo, en la producción literaria en la que es obligatoria la consignación del símbolo para su posible inscripción, se pasa del cumplimiento al abuso de cumplimiento. Quizá bajo la idea de que lo que abunda no daña, en ciertas publicaciones he visto hasta cuatro *copyright*. Si el símbolo viene a sustituir a la antigua advertencia de que *es propiedad del autor*, en buen entendimiento sólo debe existir un *copyright* seguido del nombre del autor y del año y a lo sumo si la obra viene traducida, otro *copyright* a favor del traductor. Y aquí es donde viene la lucha diaria: si en vez del autor figura el editor u otra persona, es preciso justificar que el derecho de reproducción se ha *transmitido* en base de un contrato que debe constar, porque así lo dice la actual legislación, en documento público. Estamos hablando, por supuesto, de obras que no están en lo que la legislación actual llama *dominio público* y que cualquiera puede publicar, pues en ese caso y en esa edición puede ponerse el *copyright* a nombre del editor o del adquirente. Es muy difícil ver una obra en condiciones legales para que pueda ser inscrita. Y es que en esto, como en toda la materia regida por la norma, aflora siempre el conflicto de intereses y el desconocimiento o ignorancia de la misma.

Debe resultar curioso para el que no domina la legislación enterarse que el hecho de estampar el símbolo © del *copyright* tiene una proyección internacional importante, pero de nada o poco sirve en el aspecto nacional si no se acude a la inscripción registral. La inscripción registral en España se estableció no con el carácter de «constitutiva», como han entendido muchos, sino como requisito para gozar de los beneficios de la Ley, es decir, de la protección. El derecho de autor nace cuando se *concibe y realiza* o se *crea o ejecuta*, sin ningún otro requisito, como dice el viejo Convenio de Berna. Pero en España la protección está mediatazada por la inscripción, lo mismo que en algunos otros países. De ahí que aunque la obra lleve su *copyright* no queda protegida si no se

inscribe. Ello supone un auténtico contrasentido: que lo esté en todo el mundo, menos en España.

Internacionalmente la Convención Universal de Ginebra, que citábamos en el comienzo en su artículo 3.º, establece el principio citado: toda obra que lleve el símbolo © está protegida en todos los Estados contratantes, sin necesidad de cumplir los requisitos internos del país en que se publique. Por eso decía que era importante el uso del *copyright* con visión externa, ya que es en el campo internacional donde la piratería juega su decisivo papel. A la vista de estas reflexiones que me ha sugerido la lectura de la obra anteriormente citada y la visión de la *pequeña pantalla* televisiva, resulta lógico pensar que estos y otros muchos problemas que la propiedad intelectual tiene planteados deben resolverse en la nueva Ley, para dar vida al artículo 20 de nuestra Constitución, que reconoce y protege la producción y creación literaria artística, científica o técnica. Verdad que el borrador de la nueva Ley en proyecto suprime el requisito de la inscripción, haciendo la misma voluntaria y suprimiendo el carácter penalizador de la misma que llevaba a la obra al campo del dominio público. Es decir, que en la actualidad el símbolo del *copyright* viene a representar una igualdad de trato dentro del campo internacional para todos aquellos países que no exigen el requisito de la inscripción, como forma de protección de la propiedad intelectual.

B) LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU SOPORTE FÍSICO

En uno de los muchos borradores que la Comisión que elabora la Ley de Propiedad Intelectual confeccionó y que puede servir de base al anteproyecto de la Ley, recuerdo que se incluía un artículo en el que la propiedad intelectual se declaraba compatible o con posibilidad de coexistencia con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que esté incorporada la creación intelectual o que constituya su soporte físico. Es muy difícil augurar la preexistencia de esta disposición, pero cobra auténticos perfiles de necesidad ante una obra que, hace poco, se me presentó en el Registro que entonces regía y que no pasaba de ser una especie de edición facsímil, en la que figuraba el *copyright* del autor.

Decía CARNELUTTI en su *Teoría general del Derecho* que espacio, tiempo y forma son las tres dimensiones del conocimiento. Los tres aspectos bajo los cuales se manifiesta la realidad. Los tres convergen en un punto y se complementan como el ancho, el largo y el alto de un cuerpo sólido. El contenido adviene al mundo sensible por medio de la forma. Es el colorante que permite descubrir la bacteria, «el contenido desde el punto de vista de su visibilidad», según dice IHERING en su

Espíritu del Derecho Romano. Para que el hecho jurídico, remata NÚÑEZ LAGOS, despierte la eficacia dormida de la norma, es preciso que se manifieste y que se exteriorice. Pues bien, para que la creación intelectual, esto es la idea mágica creadora, se convierta en propiedad intelectual es preciso que tome cuerpo, forma, dimensión que se incorpore a algo tangible, visible, que lo haga perceptible con los sentidos. Remedando a los autores citados habría que decir que el soporte como la forma y el lenguaje, es un medio de expresión y comunicación. Lo que la forma es al hecho, la expresión tangible o el soporte es a la propiedad intelectual.

La idea sin perfil, contorno o figura, sin algo que la materialice y que la sostenga, está en el mundo de las cosas *nullius* o que no son de nadie. Las ideas sin soporte son, como diría IHERING, parecidas a la espada de Bernardo, que ni pincha no corta. Del interior, de lo que está en el mundo del espíritu, nadie puede juzgar *de internis nemo judicate*. La idea para transformarse en propiedad intelectual exige el fenómeno de traducir lo invisible en una forma plástica visible. Es el simbolismo de los pueblos primitivos en la expresión jurídica del consentimiento, que toma asiento de nuevo para exteriorizar la creación intelectual. Es materializar lo inmateriaable.

Nuestro Código Civil, tan excesivamente criticado aun por aquellos que tenían la obligación de defenderlo, tiene un artículo que aquí viene como anillo al dedo. Es el 377, párrafo 2.º, que responde a las ideas anteriormente apuntadas, pero que la doctrina margina por no estar incluido dentro del título correspondiente a las propiedades especiales. Dice así: «En la pintura, escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesorio la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino». Esto es, aquí se comienza a reconocer la necesidad de un soporte, calificado de *accesorio* que no planteará conflicto, y el reconocimiento de dos propiedades: la de la propiedad intelectual, que supone creación de pintura, escultura, escritos, impresos, grabados y litografías, y la propiedad normal o corriente sobre la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel y el pergamino, calificados de accesorios y que, como soportes físicos, sirven de base a la creación.

Si esto es así, y quede bien claro que margino esos supuestos en que la tecnología ha avanzado tanto que permite hablar de «medios o soportes intangibles», es evidente que la regulación coexistente de ambas propiedades es distinta: la creación va por un lado y el objeto en que se materializa va por otro. Una, la propiedad intelectual, es limitada en el tiempo: la vida del autor y ochenta años más a favor de sus herederos y legatarios y la otra es una propiedad sin límite en el tiempo: es perpetua. Una, la primera cuando cumple los límites temporales que la Ley concede pasa a lo que la legislación llama «dominio público». La otra, la

del objeto que la materializa, no pasa a dominio público salvo expropiación, incautación, embargo por deuda tributaria, etc.

Entiendo que no sólo es problema de terminología usada por la legislación, sino de construcción dogmática de un concepto. La visionaria forma de entender el concepto de *publicación* por los autores del Reglamento que en su artículo 1.º hablan de «sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo» puede autorizar al intérprete a incluir, dentro de los mismos, a la edición facsímil. No entiendo muy bien la técnica de la edición facsímil, pero debe ser algo así como una «fotocopia» dignificada. El diccionario ayuda poco: perfecta «imitación o copia» de una firma, escrito, dibujo, etc. Ni la Ley ni el Reglamento son muy precisos en su terminología, pues el principio general impone la prohibición de reproducir obras ajenas sin permiso y, sin embargo, en esa expresión es preciso comprender la de publicar (artículo 7.º de la Ley), copiar o reproducir (art. 10 de la Ley), reimprimir (artículo 11), ejecutar (art. 19 de la Ley), etc. Esto es, la idea de publicación ofrece, como dice ALVAREZ ROMERO, bastante más que dar noticia de la obra o describirla y supone extraerla de la esfera privada del autor para rendirla al público, comprendiendo la edición, la ejecución pública, la representación, lectura o conferencia, difusión mecánica, telefonía, radiotelefonía y procedimientos análogos, exposición pública, etc. No sé si el borrador del anteproyecto de Ley va o no a mejorar la situación, pero sí puede complicarla al matizar los términos de divulgación, publicación, reproducción, distribución, comunicación y transformación, quedando vinculada estrechamente por ellos.

Por supuesto que la *edición facsímil* es permisible si cuenta con la autorización del autor o de quien ostente el derecho de reproducción. Entiendo que no sería inscribible si ya estaba inscrita la edición de la que se saca el duplicado, pero lo que a mi entender no es tan viable, y por supuesto no estaría nunca sujeto a protección registral, es una edición facsímil de una obra que ha pasado a dominio público. Lo que pasa a dominio público es la propiedad intelectual y no el ejemplar o ejemplares (caso del libro) que le sirven de soporte. De ahí que el artículo 38 de la Ley hable de que caso de que la obra pase a dominio público «podrá ser publicada de nuevo reimpresa». Es decir, publicarla *imprimiéndola* de nuevo. Esta expresión de «imprimir de nuevo» (reimprimir, dice la Ley) que utiliza el citado artículo, lo repiten los 41 y 42 y creo que pueden servir para interpretar la más genérica frase de *reproducción sin alterarlas* que invoca el 40 de la misma. Pero entiendo que la argumentación más poderosa no es la gramatical de la terminología que, forzándola podría llevarnos a conclusiones contrarias, sino el que la Ley de Propiedad Intelectual regula exclusivamente lo que es la propiedad, el objeto

de la misma, sus facultades y los límites que la rodean y deja a la legislación común la normativa del soporte o la propiedad del soporte. En el borrador del anteproyecto estas cuestiones quedan marginadas.

En contra de las argumentaciones citadas, debo aportar dos ideas que pueden avalar esa contradicción:

- Habíamos dicho que el artículo 377, 2.º, del Código Civil califica de cosa «accesoria» a lo que hemos denominado soporte y no debemos olvidar que la regla general en la accesión es que lo accesorio siga a lo principal. Pero creo que el argumento puede ser fácilmente superado pensando que la regla sólo entra en juego cuando existe conflicto de intereses, cosa que aquí no sucede.
- Más peligroso es el argumento que puede extraerse del artículo 5.º, 3, de la Ley del Libro de 12 de marzo de 1975, que parece equiparar la *propiedad del volumen* (soporte) con la propiedad intelectual, pues en el inciso segundo dispone que «cuando se trate de una persona jurídica el derecho del autor sobre la obra, o, en su caso, sus volúmenes, fascículos o entregas, tendrá una duración de ochenta años, contados desde la respectiva publicación». Esta disposición, dictada sin duda con la finalidad de limitar el derecho de autor cuando éste lo ostente una persona jurídica, equipara peligrosamente la propiedad intelectual con el volumen, fascículo o entrega y, lo que es peor, hace entrar en dominio público a los ochenta años a la propiedad intelectual y a la propiedad del soporte.

Entiendo que la mente del legislador no debió ser nunca la de equiparar las dos propiedades, pues sólo un lego en Derecho podría entenderlo así, aunque la redacción lo permite. De todas formas me inclino a creer que lo que se pretendía era solucionar el tema de la duración de la propiedad intelectual cuando ésta perteneciese a una persona jurídica, caso de carácter excepcional, para evitar la duración por el término de la vida y ochenta años más. Pero ello se hubiera salvado hablando del derecho de explotación en aquellas obras de autor anónimo o de grupos de trabajo al servicio de una entidad, sociedad o corporación.

Llegados a este punto es preciso plantearse dos cuestiones cuando ya la obra está en dominio público si se puede editar en forma de facsímil y si se puede inscribir como propiedad del editor:

- El primer problema creo que debe ser resuelto favorablemente y entender que aquél que puede disponer de un ejemplar de la obra puede editarlo en forma de facsímil. No hay nada que lo prohíba

por ahora, y creo que puede resultar una forma de difundir cultura y permitir ese principio de «acceso a la misma» de que habla la Constitución Española. Sé que dentro de las facultades, poderes o derechos que encierran la propiedad común no están comprendidos el de «imitar o copiar» la cosa mueble que uno tiene, pero tampoco está prohibido. Otra cosa sería si el ejemplar que se utiliza para la edición facsímil está depositado en bibliotecas, centros públicos, etc. En este caso entiendo que habría que obtener el permiso correspondiente para ello, pues admitirlo sin más podría provocar ediciones fraudulentas a base de previas fotocopias sacadas para su comercialización, no para uso propio, lo que supondría una reprografía ilícita. En todo caso, como es lógico, se hace necesario citar el origen del ejemplar y la legitimación que se tenga para su realización. Quizá también habría que insistir en la finalidad comercial o cultural que guía a la edición facsímil.

- Desde el punto de vista de la inscripción, la cosa no ofrece duda. El Registro de la Propiedad Intelectual tiene como finalidad la publicación o publicidad de la *autoría de la obra*, de las facultades que de ella se deriven y de las transmisiones del derecho de explotación que se realicen, aparte de los gravámenes que se puedan imponer sobre dicha propiedad. Ello quiere decir que la obra realizada en facsímil, si está en dominio público, no puede ser registrada, ya que no es «objeto de inscripción», pues lo que se trata de inscribir es la «imitación o la copia» de un objeto de propiedad particular o de cosa depositada en una biblioteca o centro público. Lo que el Registro publica es la autoría de la obra, la propiedad del autor o del adquirente de la obra para explotarla y publicarla y aquí lo que hay es una copia de un libro ya editado que no genera, ni muchísimo menos, ni un derecho de autor ni un derecho de explotación exclusivo.

La consulta que ha generado las notas que anteceden era mucho más complicada, pues lo que se pretendía, al amparo de una edición facsímil, era componer un libro a base de fotocopias y retazos de diversas publicaciones en dominio público, pero de volúmenes diversos. Componer el libro y luego inscribirlo como de propiedad exclusiva, resulta un tanto insólito.

C) LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, casi todos ellos músicos, novelistas, pintores y poetas, dirigidos jurídicamente por

DANVILA, estructuraron la protección de la propiedad intelectual en tres vertientes: la judicial, la gubernativa y la registral. La Constitución Española del año 1978 ha dejado reducida la protección de dicha propiedad a la judicial y la registral, ya que conforme al artículo 20 «el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sólo puede acordarse por resolución judicial» (8).

El fundamento de la protección de la propiedad intelectual está fuera de toda posible discusión, sobre todo cuando la Constitución Española entiende que debe *ampararse y protegerse* esa serie de manifestaciones a las que hace referencia el artículo anteriormente citado. No obstante, es evidente que al ser protegida la propiedad en general debería estar comprendida también la propiedad *especial* que significa la intelectual. DANVILA, el autor material de la Ley de 1879, lo decía con mayor precisión y elegancia «si es cierto que el hombre no vive sólo de pan y que el cultivo de su espíritu forma la parte principal de su existencia, evidente es que la sociedad debe estimular, proteger y legalizar lo que la *Société des Gens de lettres* de Francia llamó en otro tiempo la fortuna de la idea creando una nueva clase de propietarios y reforzando la base social de la propiedad, con una nueva legión de voluntarios, que bien pueden llamarse los propietarios de la inteligencia».

La protección registral se basó en la creación de un Registro público de carácter jurídico, y no administrativo, en el que el esencial principio de publicidad producía efectos y no simplemente noticias. En él se protege la vertiente del contenido moral de la titularidad y el aspecto material que lleva consigo la propiedad. Las previas garantías que rodean a la solicitud de inscripción, el principio de calificación, la publicidad que a la titularidad de la obra se le da por medio del edicto en el *Boletín Oficial*, conceden al contenido de la inscripción una presunción de que quien inscribe la obra, aparte de ser autor, es su propietario, salvo que se justifique su transmisión. Es decir, este Registro se preocupó del problema jurídico, dejando a las entidades tuitivas la recaudación económica de los posibles beneficios. No hay que confundir nunca la *protección jurídica* con lo que podríamos llamar *protección económica*.

Lo que sucede es que a los autores de la Ley, precisamente los propios interesados, se les fue de las manos la valoración que habría de darse a la inscripción. No es cierto que ésta *crease el derecho a la propiedad intelectual*, sino lo que estableció es la penalidad de que si el derecho no se inscribía dentro de un plazo, pasaba al dominio público. Es decir,

(8) Sobre este mismo punto, y con algunas de las ideas que se apuntan, publiqué en el diario *ABC* (martes, 21 de junio de 1985) un artículo para salir al paso de ciertas manifestaciones en torno a la supresión de la institución registral que protege esta forma de propiedad.

el derecho nacía desde que el autor lo crea o ejecuta, pero si el autor no desea la protección registral, su derecho pasa al dominio de todos. Era una especie de expropiación de propiedad, quizá sin causa de utilidad pública. Lo discutible no es la inscripción, sino la justicia o la injusticia de la medida.

Así las cosas, en el mundo viene a producirse un acontecimiento importante a través del Convenio de Berna en el año 1896, que, respetando las diversas legislaciones nacionales en orden a la protección, establece como principio general que para que las obras queden protegidas «en los diversos países que no sean el de origen, no se precisa cumplir ninguna formalidad». Consecuentemente con ello, en España se dictó una resolución en el año 1896 en la que se prohibía la inscripción de *obras extranjeras*, sustituyéndose por una diligencia registral de carácter voluntario. Luego vino la Convención Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952 (revisada en París el 24 de junio de 1971), que sustituyó las formalidades por otra nueva y simbólica: la consignación del *copyright* que antes hemos contemplado. Todo ello hay que entenderlo estrechamente relacionado con los Tratados y Acuerdos internacionales entre los diversos países.

Al suprimirse internacionalmente la necesidad de formalidades para el logro de la protección, se respetó, sin embargo, la existencia de Registros nacionales, separando lo que es la legislación protectora nacional de la internacional. Por eso, las principales naciones del mundo civilizado conservan, regulan, miman y agrandan los derechos del Registro de la Propiedad Intelectual. Por vía de ejemplo puedo citar los Registros existentes en Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Federal Alemana, Suiza, Italia, México, Estados Unidos, toda América del Sur, Japón, Jordania, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Pakistán, República Árabe Unida, Tailandia, Australia, Corea, India, etc.

Hubiera podido ser tentador para el legislador futuro de la Ley de Propiedad Intelectual suprimir la institución registral, a pesar de los ejemplos mundiales de subsistencia de la misma. Pero este proceder que nos *acercaría* a Francia, no supondría más que seguir una triste historia ibérica de aceptar todo lo francés como bueno. Nuestra legislación sobre propiedad intelectual fue pionera e influyó mucho en esos mundos que la Historia nos permitió colonizar, al igual que sucedió con la legislación hipotecaria. Cambiar puede ser de sabios, pero ¿cuál es la razón por la que no aceptamos el sistema del seguro de títulos en el campo inmobiliario y entendemos que nuestro sistema es el más perfecto o de los más perfectos en el tráfico de inmuebles? Pues porque uno asegura indemnizaciones y otro ofrece garantías de titularidades. Acudir a Francia y su sistema, cuando se quedó a medio camino con el *solo consen-*

timiento para la transmisión y su Registro embrionario, sería retroceder en los logros victoriosos de nuestro sistema. Renunciar a nuestra tradicional institución registral de la propiedad intelectual sería dejar reducida la protección del autor a un solo campo: el judicial. Así parece haberlo entendido la Comisión que interviene en la redacción del borrador del anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual, pues no solamente acepta el Registro, sino que estructurándolo con el carácter de inscripción voluntaria, y con los efectos jurídicos precisos para su eficacia, parte de la base de la aceptación de un *folio único* en el que se pueda reflejar el historial de cada una de las obras con las posibles transmisiones existentes, así como también con los gravámenes que se constituyan, logrando así la aplicación del principio de especialidad. Si pensamos en la dimensión que pueda adquirir la protección registral en un futuro tendríamos que hacer dos consideraciones: una la posibilidad de que al amparo de la Ley de 31 de mayo de 1966 sobre propiedad intelectual de obras cinematográficas podría lograrse una gran finalidad: tener registrada una propiedad sobre la cual puede constituirse un gravamen, prenda o hipoteca, que pueda garantizar los préstamos de una instalación de crédito oficial cinematográfica, lo cual puede ofrecer a esa industria, que tanto exige protección, una gran dimensión. No debe olvidarse que gracias a los créditos y las garantías hipotecarias se logró en el siglo XIX la rica floración de la empresa en sus múltiples aspectos.

El acervo cultural que supone el archivo de los libros y la documentación original que obra en el Registro y que permite reconstruir o aportar datos a la Historia de España, así como la eficacia de su publicidad, la preconstitución de pruebas a través de las certificaciones registrales, la creencia popular en la institución, los datos estadísticos de crecimiento, etcétera, podrían ser argumentos de indudable valor para poner en ese platillo de la balanza el interrogante sobre la subsistencia o supresión de una institución tradicional.

En el aspecto puramente judicial el proyecto de borrador del anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual organiza el conjunto de la protección a través del ejercicio de un conjunto de acciones de carácter civil o penal y en el fondo no viene a definir el delito, ni tampoco la infracción, sino que por infracción entiende todo aquello que vaya en contra de lo dispuesto en la Ley o de los derechos reconocidos por ella, salvando la posible sanción penal que pueda corresponder al titular para obtener la declaración de su derecho, el cese del infractor en su actividad ilícita y la indemnización de los años materiales y morales causados. De cara, al conjunto de personas e instituciones implicadas en la propiedad intelectual, la Ley no recoge la aceptación de los conceptos de *piratería* y *reprografía ilegal*, y solamente contempla la reproducción, la

distribución o comunicación pública, o transformación de la misma, sin las correspondientes autorizaciones. De ahí que contraste un poco ese conjunto de definiciones a la que el borrador de la Ley acude para precisar conceptos sobre publicación, divulgación, etc., y, sin embargo, no matices el concepto de piratería o reprografía. Ciertamente que es difícil llegar a ella, ya que toda reprografía supone una reproducción de una obra, bien sea un libro o cualquier otra manifestación de la propiedad intelectual, que se hace pública sin el permiso correspondiente de su autor, con o sin la intención defraudadora. Entiendo que para la matización de ese delito de *piratería o reprografía ilegal*, habría que tener en cuenta el aspecto económico y la *intencionalidad*. Todo ello queda pendiente de una posible revisión en aras de una pureza, que el borrador del anteproyecto no tiene.

D) LOS PROGRAMAS DE ORDENADORES, VIDEOMÁTICA Y DERECHO

Es evidente que de «juguete casero» con efectos retroactivos (como leer un periódico atrasado) se ha convertido la videomática en punta de lanza de aplicaciones incalculables en el campo electrónico: podríamos hacer la cita del famoso título de la novela francesa *En busca del tiempo perdido*.

En el campo de la terminología comienza la discusión puesto que unos hablan de vídeo y otros de video. ¿Cómo debe decirse? Evidentemente todos aquellos que hemos estado en Montevideo decimos video, en latín «yo veo» (9).

Las diversas aplicaciones que la videomática ofrecen al Derecho resultan alucinantes, pues desde las comunicaciones, la información, la enseñanza, la medicina, los aspectos judiciales, la producción y reproducción de películas, el videolibro, la escritura, el dibujo, etc., se llega a límites insospechados. Frente a este avance de la técnica no debe olvidarse nunca la conocida frase de DELIBES en torno a ello: todo avance implica un retroceso. Es como el disparo de una escopeta que da a su vez el culatazo. Pueden ponerse algunos ejemplos, incluidas las consecuencias que en el campo del Derecho ofrece el vídeo:

(9) Planteo esta cuestión sobre la base del artículo «Evidencia, video» que «el BROCNSE» en el diario ABC (27 de noviembre de 1982) propagó en su día. Actualmente, y según cuenta el diario *Ya* del 2 de julio de 1984 la Academia de la Lengua acepta la palabra «VIDEO» como esdrújula para significar «aparato que registra o reproduce imágenes y sonidos electrónicamente», pero también puede ser palabra llana o grave cuando se emplea en la composición de palabras referentes a la televisión, como «videocinta», «videofrecuencia», etc.

- *Diagnóstico de cáncer.* Al ojo clínico del médico en la actualidad se le ayuda con el análisis y con el Banco de Datos de síntomas. La escuela histórica y el método dogmático de inversión aplicaron la misma idea y lo que puede suponer una facilidad para encuadrar lo que es derecho real y lo que supone obligación, presentó serias dificultades frente a determinadas figuras como eran el *ius in re*, el *ius ad rem*, el arrendamiento y la opción, que todavía provocan la discusión de en qué campo deben incluirse. Igualmente sucede con el diagnóstico médico que al aplicar ese método dogmático de inversión, puede incurrir en ciertas inexactitudes.
- *Actividad judicial.* La prueba puede facilitarse a través del empleo de dichos medios videomáticos. Aparte del principio de la inmediatez de la prueba, debo citar el Congreso de Filadelfia de 1951 de Sociólogos donde se hizo una prueba representándose una escena que duraba dos minutos y donde aparecía un negro, un payaso y una bailarina y sólo, de los mil asistentes, ocho dijeron la verdad.
- *Decisiones políticas a través de los almacenamientos de datos.* Sería importante aceptar este medio para la dirección de una política económica, agraria, urbanística, etc., pero siempre y cuando contemos con que los datos almacenados fuesen verdaderos y no falsos.
- *Criminalidad económica.* Ya ha sido denunciada por el profesor STAMPA en *ABC* del 2 de octubre de 1983, haciendo referencia a los delitos que se cometían a través de los robos directos o indirectos de datos económicos.
- *Los ordenadores y el cónclave.* Contaba la anécdota JIMÉNEZ LOZANO en el periódico *Informaciones* hace tiempo, resultando de las investigaciones realizadas que ni un solo ordenador americano dio como ganador al actual Papa WOJTYLA.
- *Vejez prematura.* En el año 1972, cuando concurrimos al I Congreso Internacional de Derecho Registral, después de haber visto en España la Exposición del SIMO, pude demostrar a los argentinos que todo su sistema registral con apoyo electrónico estaba ya anticuado.
- *Nuestro destino.* Parece ser que es el de una futura sociedad del vídeo, una sociedad sin papel, una sociedad en la que habrá que jugar al mus o al ajedrez en solitario con un ordenador. Eso resulta altamente desmoralizador.
- *Derecho a la intimidad, a la imagen y los límites constitucionales.* En el campo del derecho de creación suponen también un auténtico límite a esas posibles manifestaciones videomáticas.

En nuestro Derecho no se puede reproducir ninguna obra de propiedad intelectual sin el permiso del autor, con la sola excepción de los artículos *insertos* en una publicación periódica, citando el origen y autor, disposición que no se extiende a los *dibujos* para los que se necesita autorización. Es un derecho exclusivo, negociable, que permite el que alguien para uso propio pueda hacerlo. Existe el *derecho de cita* y actualmente, con la Constitución en la mano, el principio de *acceso a la cultura*. El uso concedido a una persona, jurídica o natural del derecho de reproducción se convierte en abuso cuando conforme al Código Civil «sobrepase los límites normales del ejercicio», con daño para tercero y con intención.

El abuso de transforma en *fraude* cuando con los actos se persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, todo ello conforme al Código Civil y a las Sentencias de 17 de mayo de 1968, 10 de mayo de 1971, 15 de junio de 1974 y 26 de marzo de 1983 (procedente de la Audiencia de Murcia).

Prácticamente nuestra Ley de Propiedad Intelectual no recoge la teoría del abuso (que logra su primer reconocimiento en el año 1943) y sí la del *acto fraudulento* en los casos que recogen los artículos 45 y siguientes de la Ley de 1879, parte de los cuales han sido incorporados al borrador del anteproyecto.

Aquella Ley no hablaba de «piratería» y eso que ya ESPRONCEDA había escrito su *Canción del Pirata*, pero el concepto puede intuirse de los artículos que habíamos citado: la reproducción de una obra ya editada sin permiso de quien ostente el derecho sobre ella, con propósito de lucro. Yo el concepto de piratería lo agrandaría para incluir también el de *plagio*, pues pirata no pasa de ser un ladrón de mar o de tierra. El vídeo, la informática, la fotocopidora, la técnica aplicada, provoca una enorme facilidad para lo que se ha llamado *reprografía ilegal*.

Resulta sumamente necesario separar lo que puede estimarse como derecho de propiedad intelectual y de propiedad industrial, ya que sus diferentes campos de actuación hay que deslindarlos. La diferencia que separa una y otra propiedad es como una suela de zapato desgastada, de la que hablaba ZUNZUNEGUI, para situar las dos habitaciones contiguas de una clínica. La videomática o vídeo relacionado íntimamente con el ordenador, provoca serios problemas en orden a la protección del programa que los da vida, así como los resultados obtenidos por los mismos.

Al filo del centenario de la Ley de Propiedad Intelectual se me formuló por HERMENEGILDO BAYLOS la pregunta de si un programa de ordenador podía ser inscrito como manifestación de propiedad intelectual. Yo lo comparé con el pentagrama musical en el cual se recogen un con-

junto de notas que forman una sinfonía o una determinada manifestación musical y admití indudablemente la inscripción. Posteriormente BAYLOS ha ido reconociendo esta idea en alguna de las conferencias pronunciadas hace relativamente poco tiempo (10).

Realmente cuatro son las formas jurídicas que puede ofrecer la protección para los programas de ordenadores y son: el contrato de tecnología con la obligación impuesta de no ceder, la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa, ante una actuación que resulte ilícita, la protección como secreto comercial o competencia desleal y considerarlo como una patente o una propiedad intelectual. Dentro del ámbito de la industria americana se está en estos momentos arbitrando unos medios para que al intentar ser copiados o plagiados los programas de ordenadores estos mismos se autodestruyan, en virtud de ciertos dispositivos. Es protección técnica, pero no jurídica.

A los efectos de terminología y de la configuración como propiedad intelectual conviene precisar que nos estamos refiriendo al soporte lógico (*software*) que comprende estos elementos: el *algoritmo* (secuencia de operaciones de cálculo) con instrucciones (ordinograma); el *programa fuente*, en el que las instrucciones se escriben en un lenguaje de programación, y el *programa objeto*, que ayuda a convertir las instrucciones para que puedan ser interpretadas por la máquina.

Parece ser que lo que supone creación del ingenio es la *filosofía del programa* u *ordinograma*, junto con el *programa fuente*, dudándose mucho de que el *programa objeto* lo sea (pues no es viable que los sentidos lo interpreten ni que pueda ser leído directamente). A todo ese conjunto se le acompaña la documentación o el soporte lógico del mismo. Distinto de todo ello es el programa que, unido a un ordenador, constituye un instrumento o herramienta de ejecución material de una idea

(10) He tomado notas de la intervención de HERMENEGILDO BAYLOS CORROZA («La protección de los programas de ordenadores en la actual legislación») en la Jornada sobre nuevos procedimientos informáticos para propiedad industrial celebrada en Madrid el día 29 de junio de 1983. Igualmente me he servido del trabajo de JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADÉ: «La protección de los programas de los ordenadores electrónicos» (*Revista de Derecho Mercantil*, núm. 111, enero-marzo 1969); de las conferencias dadas en el I Simposium sobre técnicas visuales y derecho de autor los días 13, 14 y 15 de octubre de 1982 en el Instituto del Libro Español; del Documento relativo al Derecho de la Informática sobre «protección jurídica de los programas del ordenador» procedente de la Oficina Intergubernamental para la Informática, 1983, y del trabajo de EUGEN ULMER y GERT KOLE («La protección de la propiedad intelectual referida a programas de computadoras»).

La gran parte de los problemas apuntados estaban sintéticamente expuestos en la conferencia que pronuncié sobre «Presente y futuro de la Propiedad Intelectual» con motivo del Centenario de la Ley de 1879 y publicada en el Boletín de la ANABAD, año XXIX, núm. 1, pág. 9, a donde me remito para la bibliografía utilizada.

inventiva, que es el proceso industrial o método de fabricación. De todo ello se deduce que se rechaza el programa como *patentable* por no ser encuadrable en los tipos de invenciones y no ser considerado como un producto, así como no ser posible determinar su novedad, ni su altura inventiva y carecer de carácter industrial, ya que supone un sistema abstracto.

Otro de los problemas que suscita el ordenador es la obra realizada por el mismo. Nunca la máquina puede considerarse como autor del resultado. El hombre que dirige y hace funcionar a la máquina es el autor, bien por otorgar márgenes de actuación a la misma, bien por sujetarla a unas normas fijas. La máquina es el instrumento, nunca titular. En el vídeo el problema se complica, ya que al asimilarse al cine surge la figura del productor y del explotador. El vídeo es resultado, como el libro, la pintura, la escultura. El Código Civil dice que en la escritura, la pintura y la escultura, el papel, el lienzo, la piedra y el pergamino son accesorios. ¿También lo es el programa?

Dentro de la legislación mundial hemos de señalar el Convenio de Munich de 1973, que firman el Reino Unido, Alemania Federal y Francia, que rechazan como *patentes* a los programas de ordenadores. Lo mismo puede decirse del modelo de utilidad. Recogen la configuración como propiedad intelectual los Estados Unidos en su Ley de 12 de diciembre de 1980 y Filipinas a través del Decreto de 14 de noviembre de 1972. Canadá y Australia se oponen a la misma.

Posturas intermedias han propuesto la posibilidad de una coexistencia, distinguiéndose los algoritmos y los programas de explotación legibles, aplicando a unos la propiedad intelectual y a otros la industrial. En el borrador de anteproyecto se sienta como principio la posibilidad de coexistencia de una y otra propiedad, aunque los supuestos en que se ha pensado son los clásicos: el diseño, el papel pintado, etc. Dentro del borrador de la Ley de Propiedad Intelectual los programas de ordenadores son considerados como manifestación de la propiedad intelectual y especialmente se regula la materia del vídeo, a la cual se incorpora el Real Decreto de 1 de septiembre de 1983 sobre la venta, distribución y exhibición del material videográfico, que tenía ciertas conexiones en el Decreto de 21 de enero de 1951, 11 de noviembre de 1977 y la Orden de 7 de abril de 1978, así como el control de taquilla del Real Decreto de 26 de junio del año 1978. A ello es preciso añadir el nombramiento Juez especial con competencia en todo el territorio nacional para perseguir la piratería del vídeo, el anuncio de remisión al Congreso de una Ley contra abusos en la utilización de la informática, el arancel que pretende gravar con un 24 por 100 los aparatos importados, y el Decreto

de medidas protectoras al cine español con los avales para al obtención del crédito, las licencias de doblaje, etc.

Con esta exposición de ciertos problemas que la Ley plantea no quedan agotados todos los que podrían ofrecerse y así, por vía de ejemplo, quedan marginados, aunque a ellos aluda el borrador del anteproyecto los supuestos de condición de autor cuando sean varios, las obras de arquitectura, las fotográficas, la fotografía noticia, la obra cinematográfica, las obras inéditas, etc.

En una de las discusiones —y esto lo cuento como ejemplo de actitudes críticas conceptuales— defendí que debería eliminarse la palabra «póstumo» aplicada al concepto de obra, ya que si se partía del principio de que la obra surge por la creación (sin ningún otro requisito) no podía hablarse de obra póstuma (que nace después de muerto el autor) y sí de inédita. Admitir la obra póstuma era reconocer la solución favorable del recurso de anticonstitucionalidad contra la Ley del aborto.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Registrador de la Propiedad
Vocal Permanente de la Comisión
General de Codificación