*Entre creación y propiedad. El problemático carácter «fundamental» de los derechos del autor**

ANDRÉS OLLERO TASSARA
Universidad de Granada

1. «Propiedad intelectual» y «derechos morales», el complejo dilema monismo-dualismo.
2. El deteriorado fundamento constitucional de los derechos del autor.
3. Un azaroso desarrollo de la Constitución: inhibición legislativa y ambigüedad jurisprudencial.

1. Tras su insólita vigencia, tres factores hacían *inaplazable* la *reforma* de la *Ley de Propiedad Intelectual* de 10 de enero de 1879, el *cambio* de enfoque experimentado en la *concepción* de la llamada «propiedad intelectual», la necesidad de plasmar en textos legales compromisos internacionales paulatinamente asumidos [1] y la entrada en juego de problemas

(*) (Comunicación presentada a las XII Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, mayo 1988. 3.ª Ponencia: *Génesis y desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución de 1978.*

[1] El Convenio de Berna de 9-IX-1886, cuyos posteriores complementos y revisiones le han llevado a protagonizar el juego internacional de estos derechos, se ve pronto acompañado por documentos de mayor hondura. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su art. 27.2 tal rango al «derecho (de toda persona) a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». A este documento de 1948 seguirá en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su art. 15.1.c., reconoce el derecho a «beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales» aludidos. En el lapso entre estos dos documentos se gestaba, bajo los auspicios de la UNESCO, la Convención Universal de Ginebra de 1952, que aspiraba a complementar la Unión de Berna mediante un convenio menos riguroso, capaz de implicar a países que, como Estados Unidos, no habían llegado a adherirse.

Anuario de Derechos Humanos, n.º 5. 1988-89-131-157. Edit. Universidad Complutense. Madrid.

inéditos suscitados por el *avance tecnológico.* A ello hay que añadir que la *Constitución* de 1978, llamada a producir una auténtica refundamentación de nuestro ordenamiento jurídico, acabaría repercutiendo, de modo tan intenso como problemático, sobre los derechos de los autores.

La primera impresión provocada por el proyecto de ley —presentado en la segunda Legislatura y replanteado en la tercera tras la disolución anticipada de las Cámaras— demostraba notable sensibilidad respecto a las reivindicaciones suscitadas por los más variados colectivos, hasta prestar al texto una agobiante prolijidad; mientras, la polémica desarrollada por la doctrina durante décadas parecía haber sido tenida en cuenta lo indispensable para eludirla cuidadosamente.

Las vicisitudes planteadas en el transcurso de un siglo por el recurso al *término «propiedad intelectual»* pueden servirnos de expresivo test sobre la delicada relación entre dogmática jurídica y realidad social. Figuras o esquemas conceptuales que, en un determinado momento, se muestran como instrumento oportuno para el logro del ajuste teleológico que da sentido al derecho pueden convertirse, con el paso del tiempo, en el obstáculo más eficaz para alcanzar dicha finalidad. Algo de esto parece ocurrido con la catalogación como «propiedad» del núcleo fundamental de los «derechos del autor».

Los autores se vieron obligados en su día a luchar contra una visión «platónica» de su labor (el arte por amor al arte...) [2]. Configurar sus «derechos» como «propiedad» implicaba, hace un siglo, una doble ventaja: emparentar con una figura de raigambre iusnaturalista, merecedora del más sólido fundamento jurídico [3] y aspirar —como consecuencia— a su disfrute perpetuo, al abrigo de humores y coyunturas.

Con el paso del tiempo se ha ido poniendo de relieve el costo de este empeño por presentar los derechos del autor como si constituyeran una variedad peculiar del derecho de propiedad. Sufren los derechos del au-

---

[2] No llegaron al principio a ver convertidas en «derechos» sus pretensiones de rendimiento económico, teniendo que conformarse con la concesión de «privilegios» que les reconocieran el monopolio de la impresión y difusión de sus obras. Pero un «privilegio» es concesión excepcional de problemática continuidad; convertirlo en «derecho» suponía lograr cambiar el centro de gravedad de la relación jurídica.

[3] El propio preámbulo con que DANVILA presentó *«A las Cortes»* la proposición de ley de 1879 recuerda a la «propiedad literaria» «envuelta al nacer en la temorosa palabra del privilegio», aunque ya en 1764 «se concedió la transmisión indefinida». Equiparada ahora la propiedad intelectual a la común, «elevando esta teoría a la categoría de ley, quedará asegurada la libertad de pensamiento» —incluido en *Propiedad Intelectual,* Madrid, Congreso de los Diputados, Documentación núm. 46, febrero 1986, pp. 335a y 337b; también 346a *.

* Identificaremos con a, b, c... aquellas fuentes en las que el texto está compuesto en varias columnas, así como los documentos procesales presentados en pliegos de doble folio.

tor, al serles de aplicación —al menos supletoria [4]— los principios y normas básicas de la institución; sufre la propiedad misma, al verse obligada a acoger en su seno una realidad bastante alejada de las que le dan sentido.

Este afán por superar una *concepción* forzosamente *«platónica»* de la actividad creativa se vio en el tiempo sustituido por otro de signo diverso: ahora el peligro era reducir tales derechos al cobro de determinados porcentajes de la explotación de la obra artística. Característica al respecto es la emergencia de los llamados «derechos morales», cuyo encaje en el marco de la propiedad exige aún mas imaginación [5] que la acogida de tan foránea terminología.

Complicaciones no menores para el autor derivan de este disfraz de sus derechos como «propiedad» [6]. Su misma configuración como «propiedad especial» los sitúa al borde del ámbito civil, en problemática vecindad con el administrativo, con el riesgo de verse considerados regresivamente como concesiones, perdiendo así la ventaja que la sustitución de los «privilegios» por el «derecho» de propiedad había aportado.

Ante esta tozuda realidad caben *tres posturas.* La defendida por algunos civilistas, poco dados a la metáfora, que proponen la *reconducción* estricta de los derechos del autor a los esquemas de la *propiedad común.* Otra, más imaginativa, que aspira a *reiventar la propiedad,* para que los derechos del autor puedan habitar cómodamente en su seno. A una tercera posibilidad venían animando los documentos y convenios internaciones: emancipar a los *derechos del autor,*[7] cuyo núcleo básico tendría rango fundamental, del incómodo marco de la propiedad común, en un

---

[4] El art. 429 del Código Civil de 24 de julio de 1889 señala, respecto a la propiedad intelectual, que «en casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad».

[5] Desde el prisma de la propiedad suponen una atípica hipoteca, que coloca en incómoda situación al que adquirió la obra: no podrá abandonarla o destruirla, se verá obligado a custodiarla tan celosamente como si la tuviera en depósito, no podrá reproducirla o exponerla a su gusto y antojo, deberá compartir —siquiera mínimamente— sus ganancias si la vende en pública subasta... Todos estos detalles son tan lógicos, si se aprecia la creación artística más allá de las rutinas del mercado, como ininteligibles, si se toma la propiedad tan en serio como los civilistas suelen tener por costumbre.

[6] No puede transferir la titularidad de su derecho indefinidamente, puede experimentar las consecuencias de una aplicación forzada del régimen de comunidad de bienes si colabora con otros, puede ver sometido el nacimiento de sus derechos a requisitos registrales...

[7] La forzada sustitución del término «derechos del autor» por el rótulo «derechos de autor» ha campado por nuestra doctrina y nuestra práctica jurídicas, consolidando una dimensión patrimonialista, que evoca la cuota de participación en la explotación de una obra. La necesidad de superar tan estrecho ángulo de visión nos llevará a reiterar la expresión «derechos del autor», no carente por demás de respaldo internacio-

momento histórico en el que el carácter fundamental de ésta se hallaba en entredicho.

Examinado en perspectiva histórica, el término «propiedad intelectual» ocupa un lugar de enlace entre el originario de «propiedad literaria», que pronto mostraría su insuficiencia, o el menos usual de «propiedad artística» y el hoy predominante «derechos del autor», que se ha consolidado en el ámbito internacional, dejando a la vez su huella en el largo proceso español de intentos de reforma.

Al abordarse una nueva ley, apenas restaba un argumento para mantener como eje central tal concepto: la arraigada *tradición* que la aplicación y estudio de su veterana antecesora la había conferido. Se ha incurrido así en un curioso *círculo vicioso:* desaprovechar tan clara oportunidad de archivar una terminología considerada unánimemente poco afortunada apelando como argumento decisivo a la extremada duración de su inadecuado empleo.

No nos hallamos ante meros juegos de palabras sin consecuencias prácticas. El transfondo del problema es bastante más profundo. Por una parte, la entrada en juego de los llamados *«derechos morales»* parece denunciar que los derechos del autor van más allá de un derecho de propiedad, entendido con el alcance estrictamente patrimonial que un mínimo rigor exige. Hace un siglo la propiedad aparecía como un «derecho innato», «inherente al ser humano», «que abarca las facultades que constituyen su ser; es el elemento que completa su personalidad» y «es el desenvolvimiento necesario de la libertad; sin la propiedad sería nulo el poder [8]». Como consecuencia, la «propiedad intelectual» era tan «sagrada como toda propiedad», e incluso condición de la legitimidad de cualquier otra. Hoy, por el contrario, la propiedad ha dejado de identificarse con la libertad —entendida como propiedad de sí— para cobrar un sentido instrumental, al servicio de una promoción de condiciones o eliminación

---

nal. N. PEREZ SERRANO recuerda cómo la confrontación entre la fórmula francesa —«propiedad literaria y artística»— y la alemana —«derecho de autor»— puso en peligro la gestación del Convenio de Berna de 1886, resolviéndose «merced a una fórmula híbrida e ingeniosa», que aludía a la «protección de los derechos de los autores» —*El derecho moral de los autores*— «Anuario de Derecho Civil» 1949 (II-1), p. 8.

[8] Así hablaba DANVILA, al presentar ante el Congreso la proposición de ley de 1879 —*Propiedad Intelectual* (nota 3), p. 334a. Sobre estos planteamientos resulta de interés el estudio sobre *El derecho moral de autor en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual* —«Análisis e Investigaciones Culturales» 1986 (28), pp. 91-102— de D. ESPIN CANOVAS, al que se concedería en diciembre de 1987 la Medalla de Oro de las Bellas Artes «por su especial contribución a la Ley de Propiedad Intelectual». Resulta llamativo, sin embargo, que pese a señalar el paso de una «concepción decimonónica», basada en la propiedad, a «la época actual», que sitúa el centro de gravedad en los derechos de los autores —*Ibídem*, p. 93a—, no llegara a plasmarse tal enfoque en el texto legal del que habría sido mentor.

de obstáculos que haga más real y efectiva no sólo la libertad sino también la igualdad. Podríamos, pues, señalar que al crecimiento de la relevancia de los derechos del autor se une un decrecimiento de la del derecho de propiedad, que no hace sino reforzar idéntico fenómeno: la insuficiencia de la segunda como marco de referencia de los primeros [9].

Por paradójico que resulte, todo esto llevó a los mentores del proyecto a considerar la denominación propiedad intelectual «más ajustada a una realidad en la que convergen relaciones e intereses que desbordan, constantemente, el limitado marco conceptual del derecho del autor» [10]. Este aparente círculo vicioso sólo puede romperse precisando cuál sea el auténtico *centro de gravedad* de este conjunto de problemas. Si lo es la creatividad del *autor,* está claro que éste contará con unos «derechos» de diverso orden: unos personales o «morales» y otros patrimoniales, a los que cabría —en aras de la «tradición»— seguir calificando como «propiedad intelectual», a costa de asumir las complicaciones que ello llevara consigo. Que otras personas, sin ser creadoras de su obra, puedan compartir con el autor alguno de sus derechos sobre ella no supone obstáculo alguno para el reconocimiento del protagonismo que al autor corresponde en este ámbito jurídico. Si, por el contrario, nos mantenemos aferrados a la vieja idea de la «propiedad intelectual» como *propiedad* especial, tan titulares serían los autores como los que se mezclan de modo «afín» o «conexo» en la explotación de su obra, facilitándola y compartiendo sus rendimientos; siendo lo patrimonial el centro de gravedad, los derechos «morales», que protegen la dimensión personal de la creatividad del autor, se convertirían en un elemento anómalo y asimétrico, que quizá sería más coherente abandonar a su suerte...

La tenaz polémica entre *«monistas» y «dualistas»* se convierte en uno de los puntos clave de la elaboración dogmática de los derechos del autor. Sólo recordando la notable evolución sufrida— desde su enfoque como propiedad especial a su consideración como derecho fundamental—

---

[9] Esta falta de correspondencia entre ambos conceptos aconsejaba el archivo del término «propiedad intelectual». No obstante, si la apelación a la tradición resultaba tan perentoria, se ofrecía otra posibilidad; reflejar con toda nitidez la transformación acaecida, pasando a primer plano el término «derechos del autor» —con la amplitud que recibe al albergar los «derechos morales»— y reservar el término «propiedad intelectual» para referirse a los aspectos patrimoniales vinculados a la explotación de sus obras.

[10] *Memoria del Proyecto de ley de Propiedad Intelectual,* p. 2. Para entender tan sorprendente afirmación hay que advertir un nuevo factor, que añade complejidad al problema: junto a los «derechos morales» —que certifican la insuficiencia del término «propiedad intelectual»— han surgido también los llamados derechos «conexos» o «afines», que permiten beneficiarse —sin ser su autor— de una obra en cuya publicación o difusión se interviene. Se da en este caso, pues, una «propiedad intelectual» situada fuera del marco conceptual de los «derechos del autor».

cabe entender una discusión que, por momentos, amenaza con convertirse en puramente bizantina.

El nacimiento de las posturas «dualistas», que ponen especial énfasis en la existencia de dos tipos de derechos —personales y patrimoniales— del autor, encuentra sentido dentro del esfuerzo por abrir paso a los derechos «morales», superando la angostura del *monismo* que defendía una *«propiedad»* intelectual tomada en serio [11]. Una vez que el reconocimiento de esa dimensión personal se va consolidando, surge la tendencia contraria: superar un *dualismo* que disloca el trono común de todos los derechos del autor. Este *monismo postdualista* trata de resaltar aún más el predominio de los derechos «morales», dado que son los más cercanos a la creatividad personal, fuente de todos los derechos del autor; mientras a los derechos patrimoniales correspondería una dimensión instrumental, disponible —por los vericuetos del proceso de explotación— también para los no autores.

El *proyecto* enviado por el Gobierno a las Cortes no era un prodigio de rigor y coherencia, si observamos su tratamiento de estos aspectos. El título de la ley —«Propiedad intelectual»— evocaba una concepción *paleomonista,* a no ser que —al amparo de los fueros de la tradición— se entendiera tal «propiedad» de modo impropio, con las consecuencias ya apuntadas. Era propósito del proyecto evitarlas, de ahí que se autopresente como dualista [12]. Pero la nueva ley opta por considerar a los «derechos del autor» como uno de los ingredientes de la «propiedad intelectual», y no viceversa. De ahí que los dos primeros libros se dediquen sucesivamente a los «Derechos de autor» (sic) y a «Otros derechos de propiedad intelectual».

Cuestión doctrinal no menos debatida es si los derechos del autor deben o no considerarse *«derechos de la personalidad»*. Una nueva polémica que cobra a ratos apariencia bizantina, pero que resulta más inteligible si no se olvida que surge de la mano de la anterior. En efecto, la lucha contra el paleomonismo, que reducía a propiedad especial los derechos del autor, lleva a apelar a los derechos de la personalidad para acentuar al máximo su contenido dualista. Cuando, más tarde, se de por superada aquella angostura, los derechos de la personalidad se verán marginados,

---

[11] El *Dictamen* emitido por la Comisión de Educación y Universidades, Investigación y Cultura del Senado, tras comparecer ante ella diecinueve expertos —*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. II Legislatura* Serie I, núm. 152, de 14 de mayo de 1985, incluido en *Propiedad Intelectual* (nota 3), p. 406a refleja con nitidez esta situación. Recuerda el carácter «estrictamente monista» de la ley de 1879 y señala que «el reconocimiento de estos derechos personales del autor que más tarde se han llamado "derechos morales" ha dado origen a una doctrina dualista.»

[12] La *Memoria del proyecto...* —(nota 10), p. 5— afirma que «el proyecto supera la concepción monista que tiene la ley de 1879, para decidirse por la vertiente dualista.»

no sólo por las dificultades de encaje planteadas por la doctrina, sino —sobre todo— para no mantener un dualismo que ahora es preciso superar.

Los *derechos de la personalidad* parecían ofrecer los caracteres adecuados para facilitar el encaje de los llamados derechos «morales». Se trata de unos derechos originarios o innatos, «inherentes» a la persona. A fuer de extrapatrimoniales, serían indisponibles e intransmisibles. Tendrían, por último, también vinculación «erga omnes». Con tales características gozaban de una clara vecindad con las libertades públicas o con los *derechos fundamentales,*lo que les sitúa junto al punto de llegada de la evolución de los derechos del autor: su consideración como derechos humanos.

La doctrina discute la posible inclusión de los derechos del autor, o parte de ellos, entre los derechos de la personalidad. No tendrían carácter «esencial», ya que no todo hombre sería autor sino sólo aquellos que gozan de una peculiar creatividad; afirmación ésta notoriamente discutible. Se apunta también una sutil distinción entre la creatividad, «inherente» al ser humano, y los resultados objetivos en que se exterioriza. Estos, y no la «personalidad», serían el real campo de juego de los derechos del autor [13].

La relevancia práctica de estos debates doctrinales resulta expresivamente esculpida por las vicisitudes del *caso Pablo Serrano.* Las dos etapas en que tal contencioso se desarrolla se convierten en un reconocimiento expresivo de las garantías prácticas de que gozan los derechos del autor en España durante dos períodos: uno, de casi cien años, entre la promulgación de la ley de 1879 y la de la Constitución de 1978, y otro, más breve, entre la refundamentación constitucional de nuestro ordenamiento jurídico en 1978 y la promulgación de la nueva ley en 1987.

En el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de *1965* destaca el fuerte predominio de la terminología patrimonialista en el planteamiento de la cuestión. Influye, sin duda, el condicionamiento legal al que los interlocutores se ven sometidos. El litigio aparece como un contraste entre *dos derechos de propiedad.* En defensa del escultor se insiste en que, recibidos ya sus emolumentos, conserva sobre su obra «derechos de propiedad artística», por lo que cabe afirmar que «es propietario de la escultura», de la que «no dejaba de ser dueño» por el cobro de sus honorarios, ya que la escultura artísticamente «le pertenecía, con independencia del dominio adquirido» sobre ella por la empresa demandada. Como consecuencia, la «destrucción» de la obra al ser desmontada suponía una «agresión al derecho dominical» del autor sobre su obra.

La fundamentación de la sentencia es aún más expresiva. Tras aludir

---

[13] El proyecto no llega a reflejar explícitamente esta cuestión, pero los autores de su *Memoria...* —(nota 10), p. 5— no dejan de aludir con rotundidad a ella: «el derecho moral del autor (...) es un verdadero derecho de la personalidad (...). Así lo reconoce la práctica totalidad de la doctrina e, incluso, la Jurisprudencia ?».

a «un grupo de facultades que se concentran en lo que se llama usualmente derecho moral del autor», añade que se trata en esencia del «derecho *personalísimo*» del autor a «decidir si su obra se publica o no; la defensa de su paternida intelectual y de la integridad de la obra, y poder retirarla de la circulación». A tal derecho moral le atribuía el demandante los caracteres de «inalienable e intransmisible».

La clave de la fundamentación denegatoria radicará en la afirmación de que, no habiéndose desarrollado en España legalmente las previsiones del Convenio de Berna, se les reconoce sólo el carácter de «conceptos meramente programáticos, que no pueden servir de fundamento a un Tribunal». La consecuencia es drástica: «al no estar desarrollado en nuestra legislación el derecho moral de autor, no puede declararse a favor de éste derecho que los preceptos legales no sancionan». La salida del *paleomonismo* no sería viable en la práctica, dada esta discutida postura sobre la validez interna de los tratados; el resultado será el establecimiento de una postura patrimonialista extrema.

La sentencia parte de la distinción «entre la creación de la obra en sí y el ejemplar en que la misma se materializa y cobra corporeidad». Al autor correspondería «la propiedad intelectual de su obra», de misterioso alcance, ya que «el comprador de la misma al adquirirla ostenta sobre ella un indiscutible derecho dominical», al que se van a aplicar sin remilgos los principios básicos de toda propiedad: tal derecho «sólo puede estar limitado por la voluntad de las partes o por la ley.»

El autor, al vender su obra, ha transferido la propiedad sobre ella, quedando sólo el derecho a considerarse su «propietario intelectual», aunque esto no le servirá ni para impedir su destrucción. El responsable de tan penosa frustración no sería el juez, que se atiene al ordenamiento vigene, sino la persistencia de una ley con ochenta y seis años a cuestas [14].

2. La jurisprudencia constitucional comparada ofrecía ejemplos prácticos del avance que los derechos del autor iban encontrando en su protección, hasta recibir el tratamiento de derechos fundamentales. Tales textos constitucionales, y su desarrollo doctrinal y judicial, gravitan de manera indisimulada sobre el trabajo de nuestros constituyentes. La Constitución portuguesa, que siguiera a la «revolución de los claveles», era el texto fundamental más cercano (en lugar y tiempo) con que contaban. En su art. 42, tras reconocer en el epígrafe 1 que «es libre la creación intelectual, artística y científica», se señalaba en el 2: «Esta libertad compren-

[14] Cuando, más de veinte años después, el Ministro Solana presenta en rueda de prensa el proyecto llamado a sustituirla no renunciará a afirmar que, una vez convertido en ley, el caso Pablo Serrano no podría repetirse. Sin embargo, al intervenir en la siguiente legislatura en el debate de totalidad del proyecto que le sucedió, el escultor no mereció ya los honores de la cita y —lo que es más grave— tal omisión cobraba relevancia sintomática.

de el derecho a la invención, producción y divulgación de la obra científica, literaria o artística, incluyendo la protección legal de los derechos de autor.» El precedente ofrecido para dar paso a su reconocimiento como derecho fundamental por los españoles era inmejorable; sin embargo, el *iter constitucional* discurrirá por vías menos explícitas.

En el *anteproyecto* de Constitución el futuro *art. 20,* antes de reconocer en su epígrafe 3 «la libertad de cátedra, de creación artística y de investigación científica», garantizaba en el 2 «la protección de los derechos *inherentes* a la producción literaria, artística y científica». Es fácil observar la ausencia, para algunos premeditada, de toda referencia expresa a los derechos del autor o a su tradicional presentación española: la «propiedad intelectual»; pero hay unanimidad a la hora de admitir que eran tales derechos los calificados de «inherentes». Las enmiendas presentadas entonces en el Congreso ponen de relieve que tampoco entre los diputados había duda al respecto.

Las propuestas de supresión de este epígrafe suscriben un planteamiento *paleomonista,* que considera a los derechos del autor como una propiedad especial, entendiéndolo en algún caso subsumido en el futuro art. 33 [15]. El informe de la Ponencia las rechaza explícitamente, introduciendo un cambio al que —dada la falta de justificación expresa— no parece dar más valor que el de una corrección de estilo: el epígrafe 2 se convierte en 1.b) y los derechos inherentes a la producción literaria se redactan como «derecho de producción...». El posterior debate en Comisión demuestra que no se atribuye a esta modificación mayor alcance que el terminológico.

Mientras el ponente de AP glosaba brevemente las justificaciones ya aportadas por escrito por sus compañeros enmendantes, y el ponente de UCD eludía el trámite, ajeno sin duda a la elocuencia que se le acabaría atribuyendo a su gesto [16], el socialista Peces Barba señalaba la existencia

[15] Así ocurre con la presentada por UCD. Las de AP la consideran «materia de ley ordinaria y no constitucional», llegándose a apostillar que «si se reconoce el derecho de propiedad intelectual, habría que enumerar en la Constitución todos los derechos subjetivos de carácter civil» —*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios,* Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, pp. 123 y 163.

[16] Preguntando el diputado HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑON por el Presidente si consideraba «subsumida» en el Informe de la Ponencia la enmienda que ésta había rechazado, asintió —cfr. *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios* (nota 15), p. 1077a. Este gesto, presumiblemente marginal dentro de un debate tan prolijo y prolongado, se convertirá en fundamento decisivo del *Informe de la Secretaría General relativo al carácter orgánico u ordinario del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual* realizado a petición de la Mesa del Congreso, para una conclusión sorprendente: «del estudio del proceso de elaborción del vigente art. 20.1. b) resultan datos que permiten fundar opiniones contrapuestas acerca del problema considerado, sin que a su solo amparo pueda formularse un juicio definitivo sobre el mismo» (p. 22). Las afirmaciones de la doctrina en contrario son abundantes.

de «una tendencia científica a la desconstitucionalización» de la propiedad privada y «una tendencia paralela y contradictoria a la constitucionalización de esta producción y creación literaria, artística y científica» identificable con la propiedad intelectual [17]. Se establece, por tanto, con particular rotundidad el *carácter fundamental de los derechos del autor.*

Pero el ponente socialista logró —sin duda bien a su pesar— algo más: poner las bases para que quedara demostrado definitivamente que la rotulación de los derechos del autor como propiedad no era en absoluto inocua. En vez de seguir el reciente ejemplo portugués y aludir —siquiera en el debate— a los derechos del autor, prefirió basar todo su alegato en términos que podría haber suscrito Danvila un siglo antes: nos hallamos ante «una forma de propiedad mucho más espiritual, mucho más moral, que está mucho más vinculada directamente a la persona». La semilla polémica quedará sembrada y cuando, años después, se plantee si la regulación legal de los derechos del autor debe tener rango de ley orgánica, estas alusiones resultarán decisivas para dar una respuesta, que negará implícitamente su rango de derecho fundamental [18].

Aun marginando estos expresivos antecedentes, un desapasionado examen del texto del art. 20 debe bastar para encontrar en él incluidos con rango fundamental los derechos del autor, a no ser que se opte por una consideración del epígrafe 1. b) como reduplicación superflua de la libertad de pensamiento o de cátedra.

Por si fueran escasas las vicisitudes del *art. 20* —como posible encaje de un *monismo postdualista* en la consideración de los derechos del autor— y los atisbos de apelación al *art. 33* —para resucitar el planteamiento *paleomonista* de la propiedad intelectual como variante de la propiedad privada— los catálogos competenciales del *art. 149* acabaron contribuyendo también a esta imprevisible ceremonia de la confusión; su epígrafe 1. 9.ª considera competencia estatal exclusiva la «legislación sobre propiedad intelectual e industrial». Aparece así, intempestivamente, uno de los términos que parecían haberse evitado cuidadosamente en títulos anteriores. Las posibilidades de formulación de hipótesis se multiplican. Para unos, la apelación a la «propiedad intelectual» no tendría mayor transcendencia que la de expresar una «inercia legislativa»; para otros, excluiría toda consideración de los «derechos del autor» capaz de desbordar el marco de la propiedad. En realidad este *fleco, disponible para cual-*

---

[17] *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios* (nota 15), p. 1076a.

[18] Enlazando con la ya aludida «subsunción» de la enmienda de UCD, el «mantener esa expresión tradicional da pie para entender que su reconocimiento no se realiza en el art. 20, sino en el 33, relativo al derecho de propiedad privada» —*Informe de la Secretaría General...* (nota 16), p. 12. Más allá de los juegos de palabras, el monismo postdualista, que animaba la postura consolidada en el debate constitucional, degenera así en paleomonismo.

quier enganche, se limita a camuflar una nítida polémica: o los derechos del autor quedan confinados con la propiedad en el art. 33, desprovistos de la protección específica de los derechos fundamentales; o, por el contrario, se integran —de la mano del monismo postdualista— en el art. 20 con rango fundamental [19]. El art. 149, al distribuir competencias, permite ambas soluciones: o bien los derechos del autor, por su carácter fundamental, exigen un tratamiento unitario en todas las Comunidades del Estado; o bien la propiedad intelectual ha de operar en un mercado unitario que las demarcaciones autonómicas no deben fraccionar. No se excluye siquiera una tercera opción, rara vez planteada dado el claro abandono del dualismo: los derechos morales encajarían con el art. 20, mereciendo por tal razón ser competencia estatal exclusiva, mientras los de explotación (propiedad intelectual strictu sensu) exigen similar asignación por encajar en el art. 33.

Si el recurso a uno u otro rótulo no deja de acarrear consecuencias, más hondas aún pueden acabar siendo las *repercusiones* de los distingos propios de la *dogmática jurídica.* El debate subterráneo sobre si el proyecto debía o no ser tramitado como ley orgánica brinda ocasión de comprobarlo.

Una primera distinción conceptual entra en juego: la que cabría establecer entre la libre creación de una obra artística aún inexistente y los derechos ejercitables en relación a una obra ya realizada. La *libertad de creación* podría quedar satisfecha con la protección propia de las «libertades públicas»: eliminación de injerencias estatales en la tarea individual; las referencias a terceros podrían no ser el caso. Por otra parte, los *derechos sobre la obra creada,* vinculados a un objeto exteriorizado, pierden conexión directa con el autor y su dignidad, lo que convierte en dudoso su rango fundamental.

La distinción entre creación y obra creada abre un abanico de posibles consecuencias, que incluye la de servir de vía a un *regreso al peleomonismo.* Reservada a la libre creación la protección reforzada del art. 20, los derechos del autor sobre su obra ya creada habría de conformarse con el débil cobijo que a la propiedad reserva el art. 33.

El entusiasmo parcelador de la doctrina no se satisface, sin embargo, con esta primera división. Hasta cuatro aspectos llegan a individuarse: libertad de creación, obra creada, titularidad de ella y ejercicio de faculta-

---

[19] D. ESPIN CANOVAS, presunto mentor del proyecto, da pie a esta atípica fundamentación constitucional —*El proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1986* «La Ley» 1986 (III), p. 972b— pero se muestra llamativamente ajeno a la polémica jurisprudencial y doctrinal entablada. Se limita a apuntar que la «libertad de creación intelectual» merece, como manifestación de la libre expresión de las ideas, «la protección especial del proceso preferente ante la jurisdicción ordinaria y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» —*El derecho moral...* (nota 8), p. 99a.

des para su aprovechamiento. El mismo Tribunal Constitucional amplía la gama, al señalar que la *libertad de creación* no sería sino «una concreción» de la *libertad de expresión* o del derecho «a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones» [20], lo cual ofrece nuevas posibilidades especulativas.

La actividad humana no es tan fácilmente parcelable en la realidad. Es la calificación jurídica (que pretendiendo ser «constructiva» será a veces destructiva) la que la diseca, con la mira siempre puesta en las consecuencias, más o menos «ajustadas», de la operación. Cabe, sin duda, distinguir fases en todo dinamismo humano; pero ¿cuándo hay motivo para entender individuados derechos distintos? Habría que conceder que sólo cuando cada una de esas etapas teóricamente definidas conserva sentido en sí misma, ¿cabe trazar una clara frontera entre libre creación y derechos del autor?

Pensamos que aquella alusión de la jurisprudencia constitucional nos sitúa en la pista de un aspecto decisivo para dar respuesta a estas cuestiones. Los derechos del autor, para poder considerarse incluidos en el *art. 20,* habrían de reflejar los caracteres genéricos de toda la familia en él albergada; entre otros, el de contribuir al «mantenimiento de una *comunicación* pública libre[21]». Pues bien, lejos de servir de argumento para rechazar tal inclusión, esta nota puede dar un sesgo nuevo a los intentos delimitadores que venimos comentando.

La actividad artística no es un mero desahogo, que permita al inspirado autor dar rienda suelta a su creatividad. Si así fuera, tendríamos en efecto sólo dos perspectivas: el autor antes de crear, con su derecho a que le dejen desahogarse en paz, y despues de haber creado, con su derecho a vivir de ello. Posible solución: derecho fundamental del creador a realizar la obra y derecho subjetivo ordinario a explotarla.

La *actividad artística* es también *comunicación de un sentido,* con lo cual otro tercer elemento —la relación con su receptor— entra en juego. *Realizar* una escultura no es *poner fin* a una acción, para dar con ello paso a unos derechos sobre su resultado; lo que ha hecho, en realidad el escultor es *dar principio* a un proceso de comunicación con los que la contemplen, en el que su creatividad se ve continuamente actualizada. Cuando el comprador de su obra la destruye, no se limita actuar sobre el «resultado» de su creatividad, sino que interrumpe el proceso de comunicación en que esa misma creatividad consiste, cercenándola en su raíz. No es tan

[20] Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1985, de 7 de noviembre, fundamento 5, con voto particular discrepante de RUBIO LLORENTE —«Boletín de Jurisprudencia Constitucional» («BJC») 1985 (54-55), pp. 1372b y 1373b. Para el *Informe de la Secretaría General...* esto probaría que los derechos del autor no tendría encaje en el art. 20.

[21] Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, Fundamento tercero —«BJC» 1981 (2), p. 132b.

fácil, pues, aplicar a la comunicación artística la expeditiva distinción entre un hacer («in fieri») y algo hecho («in facto esse»); porque la obra de arte, en la medida en que es fruto de una rica creatividad, se rehace cada vez que es interpretada, por quien la contempla o por quien la ejecuta en comunicación con el autor, e incluso con el público [22].

La creatividad, que permite al hombre —a diferencia de otros seres que le rodean— convertirse en «autor», consiste en la posibilidad de poner en juego un «augere», una capacidad de acrecentar lo real en una doble dimensión: en cuanto actualiza, exteriorizándolas, posibilidades implícitas de su hacer y en cuanto, con esto, abre una nueva posibilidad de relacionarse comunicativamente con los demás, suscitando en ellos elementos también hasta entonces implícitos. Esta realidad de la actividad creativa como relación comunicativa siempre abierta, y no como mero hacer que se cierra en un resultado objetivo, explica aspectos «morales» y patrimoniales de los derechos del autor.

El llamado *«derecho al inédito»,* por ejemplo, que faculta al autor para negarse a publicar su obra, o a facilitar su difusión, demuestra su señorío sobre una relación no consumada, quizá por no considerar aún madura el momento comunicativo. Desde la distinción entre la libertad de crear y la disposición sobre la obra, sería más lógico permitir la publicación de todo lo libremente creado.

Lo mismo ocurre con el *«derecho de arrepentimiento»* que permite al autor —como dueño de su capacidad creativa— interrumpir una comunicación ya iniciada; claro que, precisamente porque la comunicación ya se había iniciado, entran en juego en este supuesto posibles derechos de terceros. Desde la distinción aludida, si se la suscribiera de modo drástico, resulta ininteligible esta posibilidad de anular un «resultado» ya producido, exteriorizado objetivamente y desvinculado, por tanto, de la dignidad sujetiva.

Incluso el *«derecho de continuidad»* («droit de suite»), cuyo carácter patrimonial a la vez «irrenunciable e intransmisible» no deja de suscitar perplejidad [23], sólo resulta inteligible desde esta nueva perspectiva. La frontera creación-resultado objetivo atribuiría con toda lógica al comprador la plusvalía que la obra de arte va cobrando en el mercado; pero, si

---

[22] El propio Tribunal Constitucional no deja de señalar cómo el cine o el teatro «constituyen un medio de comunicación entre los actores y los intérpretes y quienes asisten a ellos, y pueden servir de "soporte" o vehículo para la difusión social de un mensaje» —Sentencia citada en (nota 20) p. 1372a.

[23] Irrenunciable e intransmisible considera el art. 24.3 el derecho a exigir una participación en el precio de las obras revendidas en pública subasta. El texto legal es, en este caso, tan fiel al dualismo que se ve obligado a inventar una sección con el imaginativo título «Otros derechos», al no acertar a tratarlo ni como derecho «moral» ni como derecho de explotación.

ésta se entiende como fruto de un continuo proceso de comunicación entre autor y público, es fácil apreciar en qué medida obras posteriores han contribuido a enriquecerla, haciendo repercutir sobre ella nuevas dimensiones comunicativas que completan su sentido. Esto no dejará de traducirse también en el juego del mercado pero, si nos quedáramos sólo en este último aspecto, la intransmisibilidad o la irrenunciabilidad resultarían absolutamente caprichosas.

La dimensión «interpretativa» es común a toda obra de arte, en cuanto capaz de comunicar un sentido, y no el carácter específico de alguna de sus variantes, aunque en ellas resalte de modo más elocuente. Esta comunicación siempre abierta, —sin posible cesura entre la creación y el resultado— explica, por ejemplo, que el autor haya de ser tenido en cuenta a la hora de elegir los intérpretes de su obra o el director que la ejecutará; justificaría, incluso, que pudiera vetar su interpretación en determinadas circunstancias, que alterarían decisivamente el proceso comunicativo [24].

El carácter «abierto» de esta comunicación que la creación artística pone en marcha no reviste sólo una dimensión temporal sino también personal. Lo que se abre es una comunicación «erga omnes», que no cabe encerrar en el marco de una relación bilateral. La dimensión «social» de la cultura, resaltada por el art. 44.1 de la Constitución, entra en juego. Quien adquiere una obra de arte no se convierte en «propietario» de la relación comunicativa que lleva consigo, ni puede por tanto, interrumpirla a su arbitrio por considerarla insatisfactoria o irrelevante, como ocurrió en los dos litigios aludidos en este trabajo [25]. Es un auditorio más universal, que tampoco puede identificarse simplistamente con el «mercado» [26], quien mantiene esa comunicación y tiene derecho a no ser privado de ella. La

---

[24] La elección de intérpretes está contemplada en el art. 80. Especialmente significativa la enmienda presenta al art. 38, para que se admitiera la negativa del autor a que sus obras musicales pudieran ser ejecutadas en el curso de actos políticos o ceremonias religiosas.

[25] En el caso Pablo Serrano los compradores de su escultura consideraron, una vez realizada, que la obra producía en el emplazamiento elegido un «efecto desastroso». En el caso Sistiaga los titulares del local que albergaba su óleo de más de catorce metros ignoraban el «valor pictórico que pudiera tener la obra incorporada a uno de los muros del edificio» y se declaran «sorprendidos (...) por el valor e importancia que el señor Sistiaga atribuía al indicado lienzo», al verlo troceado y arrumbado, salvo una reducida porción que incluía su firma y había merecido el honor de verse enmarcada, quizá con intención conmemorativa.

[26] En la sentencia del Juzgado núm. 9 de Madrid, de 30 de mayo de 1987, sobre el caso Sistiaga se señala acertadamente que las medidas tendentes a evitar la exhibición de una obra deformada o alterada son independientes del «valor en el mercado», que podrá ser relevante a efectos pecuniarios o indemnizatorios —fundamento octavo, p. 14b.

acogida que este auditorio brinda, difícil sin duda de encerrar en términos cuantitativos, marca la vecindad entre los derechos del autor y el derecho fundamental al honor, como tendremos ocasión de señalar.

Enmarcada en este contexto real, la tarea de disección de la dogmática jurídica exige un tratamiento mucho más fluido. *La consideración de la libre creación como una concrección de la libertad de pensamiento deja de ser argumento válido para excluir a los derechos del autor del ámbito del art. 20.1 de la Constitución.* Por el contrario, la comunicación —que a todos sus supuestos es común— integra en un mismo proceso configuración, exteriorización y recepción. La reflejan arquetípicamente los derechos del autor que —más que una entre las medidas a adoptar para instrumentar eficazmente la protección de la libertad de creación— ven así constitucionalizado con ella su núcleo fundamental.

Cuando se desconoce este contexto resulta extremadamente coherente una conclusión: considerar *equiparadas* a todos los efectos *la propiedad intelectual y la industrial,* elevando a categoría la yuxtaposición competencial que propone el art. 149 de la Constitución. Si a la creación artística la privamos de su dimensión comunicativa, no tenemos ya una acción («agere») personal, llena de capacidad acrecentadora («augere»), sino un mero fabricar («facere») que da paso a un resultado susceptible, más que de *comunicación, de intercambio* en el mercado [27].

La creatividad humana despliega, por tanto, una gama de virtualidades que se plasma en exigencias variadas, pero con un tronco común. El fundamento teórico de un *monismo postdualista* en la consideración de los derechos del autor es el mismo que justifica el entronque entre estos derechos y la libertad de creación. Esta no debe considerarse como su mero presupuesto o «prius lógico» sino como su auténtico motor; como una libertad positiva, real y efectiva y no un simple freno negativo a las posibles injerencias estatales. La alusión expresa a los derechos del autor en la Constitución —siguiendo el modelo portugués— habría clarificado decisivamente el contenido que sus mismos elaboradores suscribieron por unanimidad, tras un debate tan impreciso terminológicamente como doctrinalmente concluyente.

De la libertad de creación al último derecho patrimonial del autor asistimos al despliegue de una misma actividad humana. ¿Cuáles deben ser los segmentos de su calificación jurídica? Después de lo expuesto, no dudamos que el *rango de derecho fundamental* corresponde no sólo a una defensiva *libertad de creación* sino a esa creativa apertura a la comunicación, que incluye obligadamente el núcleo básico de los derechos del autor.

---

[27] Desde esta perspectiva, lo único que realmente puede desentonar de la dimensión comunicativa del art. 20 es la inoportuna vecindad, introducida tardíamente en el debate constitucional, entre creación «artística» y «técnica», en la medida en que este calificativo evoca operaciones meramente aplicativas.

Sólo quedaría por dictaminar si tal núcleo incluiría sólo los derechos «morales» o también los patrimoniales. No sólo la referencia a los documentos internacionales sino la mera superación de un dualismo simplista, invita a pensar que, aún gozando los derechos morales de un lógico protagonismo, la garantía reforzada propia de los derechos fundamentales debe respaldar también la dimensión patrimonial en la medida que contribuya a considerarlos real y efectivamente satisfechos. Incluir sólo los derechos morales en el art. 20, para remitir los patrimoniales al art. 33, sería quedarse en ese dualismo excesivo al que el proyecto decía apuntar, aunque distara de alcanzarlo. Tampoco sería posible, sin retroceder, al *paleomonismo,* reconocer rango fundamental a cualquier dimensión de una «propiedad intelectual», disponible incluso para los no autores.

Más que el carácter «moral» o patrimonial, lo que permitirá considerar a un derecho del autor como ingrediente de ese núcleo fundamental constitucionalizado en el art. 20 será su mayor o menor vinculación con la dimensión de dignidad personal que la creatividad lleva consigo. Esto exige una continua tarea interpretativa —primariamente legal, complementaria y subsidiariamente judicial— que vaya delimitando ese núcleo. En la medida en que nuestra flamante ley no ha estado a la altura de las circunstancias, la tarea judicial no podrá limitarse al complemento vitalizador que le es propio, sino que habrá de afrontar sus responsabilidades subsidiarias, ejerciendo —mal que le pese— mayor protagonismo.

La tenacidad del escultor Pablo Serrano hizo posible que dispongamos de un expresivo *caso práctico* sobre las consecuencias de este debate doctrinal. Si la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965 levantaba acta del escaso grado de reconocimiento que los derechos del autor encontraban entonces en nuestro ordenamiento, veinte años después —el 9 de diciembre de 1985— el mismo Tribunal se veía abocado a hacer balance de esta prolongada polémica.

La falta de apoyo legal había justificado en la primera ocasión la negativa a respaldar unas peticiones sobre cuya justicia se prefería no entrar en discusión. La promulgación de la Constitución de 1978, con cuyo art. 20.1 b) parecía haber emparentado la «propiedad intelectual», permitía colmar tan lamentable laguna. Aunque la viabilidad del cauce procesal elegido acaba protagonizando el litigio, se hizo imprescindible afrontar como cuestión previa el rango que, tras la Constitución, había que reconocer a los derechos del autor. La existencia, junto al parecer de la mayoría, de un voto particular convierte en debate lo que podía haber tenido aires de dictamen conclusivo.

La sentencia suscribe la tajante separación entre *la libertad de creación* y los *derechos del autor.* Lo que la Constitución «consagra como fundamental es un derecho genérico e *impersonal,* a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte». Sólo cuando esto ocurre se produce un «*resultado,* que hace surgir un derecho especial, el

derecho de autor». En la medida en que la actividad creativa lleva consigo una «exteriorización», da paso al «nacimiento de otro derecho» —en favor del público o de un eventual adquirente— que no tiene ya por objeto aquel «bien inmaterial» sino uno «material». Tendríamos, por tanto, una libertad genérica, con rango de derecho fundamental, y dos derechos concretos —del autor y del propietario de su obra— que pueden plantear problemas de «coordinación», teniendo en cuenta los «intereses que entran en juego».

Para el voto particular, por el contrario, cuando se actúa sobre una obra de arte, mediante «la alteración o disgregación de sus elementos, almacenándolos», se «afecta indudablemente a la producción y creación artística, cuyo reconocimiento y protección proclama el epígrafe b) del apartado 1 del art. 20».

El planteamiento de unos derechos fundamentales como libertades «genéricas», ajenas a sus «resultados», supone —más allá de la consideración de los derechos del autor— una determinada visión de la relevancia del texto constitucional. Ello se pondrá de relieve en el debate procesal que, en paralelo al sustancial, acaba protagonizando la sentencia. El núcleo de discrepancia se centra en el *grado de vinculación de los preceptos constitucionales,* y muy especialmente del art. 20. La sentencia interpreta que la función limitadora que su apartado 4 atribuye a «los preceptos de las leyes que lo desarrollen» supone la remisión premeditada a una «interpositio legislatoris». La consecuencia para el posible rango fundamental de los derechos del autor es decisiva: a su juicio «la fórmula genérica del art. 20,1 b) del texto constitucional no fue producto de la imprecisión, sino introducida conscientemente»; tanto el rango de los derechos del autor como «sobre todo» su cauce de protección jurisdiccional «ha quedado intocado, pendiente de su estructuración legislativa». Mientras que el voto particular apunta que «condicionar la ⟨protección⟩ de un derecho subjetivo es condicionar indebidamente el ⟨agere licere⟩ del propio derecho», la sentencia suscribe una drástica inhibición —en aparente obsequio del propio texto constitucional— renunciando a lo que considera una creación de nuevos cauces procesales por vía jurisprudencial.

La interpretación del art. 20 como mera plataforma programática, a la espera de una delimitación legal precisa, complica la posibilidad de acceso a la vía privilegiada del art. 53.2, en la que el demandante busca cobijo. Interpretaciones no menos restrictivas llevarán en la sentencia a la conclusión de que los derechos contemplados en el art. 20.1 b) no tendrán disponible dicho *procedimiento preferente y sumario.* En efecto, la ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales —pre-constitucional por unos días— no los contemplaba, de modo expreso, por lo que estaría justificado el rechazo de la demanda por inadecuación del procedimiento. La falta de alusión explícita —en su art. 1.2— a

la libre creación artística enlaza con su ausencia en la relación ampliadora que ofrece el Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero. Por último, la Disposición transitoria segunda, dos de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional de 3-X-1979, que señala que el ámbito de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales «se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado art. 53.2 de la Constitución», sólo se considera aplicable a la vía contencioso-administrativa, pero no a la penal ni a la civil aquí planteada.

Estos obstáculos procesales llevarán —al filo de una siempre resbaladiza *distinción entre fondo y forma*— a lo que será una constante en tan ilustrativo litigio: la renuncia de los jueces a afrontar una pretensión de fondo, sobre cuya justicia no se insinúa el menor reparo. Esto permite que no lleguen a abordar un último posible obstáculo procesal: el cómputo adecuado del plazo para la interposición de un recurso, que no se considera viable. El voto particular deja incoada la solución, al considerar que el agravio a los derechos del autor «persiste», ya que los «efectos» de la situación son «duraderos».

Si se admite, de acuerdo con el magistrado discrepante, el rango fundamental de los derechos del autor, quedaría por precisar aún si incluiría sólo su vertiente «moral» —contemplada expresamente en algunos pasajes de la fundamentación de su voto— o también la patrimonial —como se acaba indicando en otros— y con qué límites.

Entre tanto, el número de derechos fundamentales implicados en el juego de los derechos del autor ha aumentado. Al abordarse las vicisitudes de su protección jurisdiccional es el art. 24.1, con su rechazo de la *indefensión,* el que resulta aludido; pero, al hilo de una argumentación que se esfuerza por buscar cauce procesal a unas justas pretensiones, saldrá también a relucir el parentesco con el *derecho al honor.* Mientras que el demandante —procurando evitar la angostura de la vía procesal— plantea la infracción del art. 18.1 alternativamente a la del 20.1 b), en lo relativo «al honor y reputación artísticas», y el Magistrado discrepante —haciéndose eco de tal planteamiento— considera afectado el derecho «moral» por cualquier «modificación que fuere perjudicial al honor o reputación del autor», la sentencia —como un argumento más para negar fundamento a la protección reforzada de los derechos del autor— resalta cómo la ley de 5-5-1982 de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —«estrictos derechos de la personalidad» todos ellos— no los contempla, porque «el legislador, con toda justeza y acierto jurídico, no equiparó» unos y otros.

3. Contamos con indicios para calibrar el grado de acierto de la nueva ley al afrontar estas cuestiones. El proyecto inicial, pese a su confesado dualismo, era notablemente incoherente y dubitativo. Algunas de sus manifestaciones de más bulto se fueron puliendo en el debate, pero su lí-

nea básica se mantiene: se evita cualquier rasgo que presente a los derechos del autor como derechos fundamentales constitucionalizados, tanto en su configuración como en su protección jurisdiccional; predomina el tratamiento de los derechos de explotación, mientras que los derechos «morales» —o el «Derecho moral», como llamativamente se le titula— parecen reconocerse de un modo forzado y postizo.

El proyecto inicial incluía como Disposición Adicional Tercera una notable reforma del Código Penal, con obligados honores de ley orgánica. Las críticas que, por razones formales, recibe esta forzada sistemática llevan a que el proyecto acabe desgajándose en dos, evitándose de camino una vecindad que hacía más fácilmente evocable el necesario carácter de ley orgánica del desarrollo del núcleo esencial de los derechos del autor. El nuevo proyecto de *reforma penal* presenta claras huellas de la filosofía de su ahora hermano, contribuyendo incluso a explicitarla con particular elocuencia. Puestos a suscribir el *dualismo* por el que el proyecto decía optar, el tratamiento penal ofrecía una estupenda ocasión para aprovechar sus ventajas prácticas. Nada lo justifica tanto como la dificultad de encajar la protección penal de los derechos del autor en un código fiel a los esquemas conceptuales clásicos y obligado, por el principio de tipicidad, a delimitar figuras netas.

Todo ello podría haber llevado a proponer un desglose del encaje constitucional de los derechos del autor, remitiendo los «morales» al art. 20 —con rango y protección reforzada de derecho fundamental— y vinculando los patrimoniales al 33, sin necesidad de recurrir a la cortina de humo del art. 149. En la esfera penal, cabría haber tipificado las lesiones de los derechos «morales» en vecindad con los delitos contra el honor, u otros protectores de bienes personales, reservando el encaje en el Título XIII del Código a las lesiones de los derechos de explotación. La indudable distorsión que ello implica para la consideración de los derechos del autor no sería, a fin de cuentas, sino consecuencia del dualismo ya suscrito. Por otra parte, su abandono no deja de producir de rechazo consecuencias en la sistemática del propio Código; al obligarle a mezclar la protección de bienes personales y patrimoniales, dando paso a figuras anómalas [28].

La alusión a los derechos del autor desaparece del rótulo de la sección del Código sometida a reforma, sustituida por otra que empareja a la pro-

---

[28] Un congruente dualismo parecía ser el objetivo del dictamen elaborado por el Senado dos años antes, cuando proponía que «las leyes penales debieran incluir la tipificación de las conductas relativas a la conculcación de la titularidad y la integridad de los Derechos del Autor en su doble vertiente de derechos morales intransmisibles y patrimoniales transmisibles». Señalaba igualmente, cómo «los llamados derechos morales no son objeto de protección penal sino a costa de la aplicación de normas peregrinas» —*Propiedad Intelectual* (nota 3), pp. 409b y 407a.

piedad intelectual con la industrial; actitud coherente desde una perspectiva dualista, a condición de que los elementos personales encontraran tratamiento en sección distinta. Muy otro fue el resultado. Los tipos se configuran en torno a la lesión de bienes patrimoniales, mientras que las agresiones a los derechos «morales» se convierten en meras circunstancias agravantes. La consideración de los derechos «morales» como añadido adjetivo u ornamental al cuerpo sustancial de una peculiar propiedad cobra, así más allá de la metáfora, carta de naturaleza. El tratamiento penal de los Derechos del Autor acaba reflejando un paleomonismo más o menos edulcorado.

Por otra parte, la principal novedad en la tramitación parlamentaria de los proyectos, interrumpida por el precipitado tránsito entre Legislaturas, fue la presentación de dos enmiendas a la totalidad, de las que llegaría a ser defendida ante el Pleno la que precisamente apuntaba aspectos decisivos de la fundamentación de los derechos del autor y el consiguiente reforzamiento de su protección. Como consecuencia obligada, se plantea la necesidad de que el aún único proyecto se tramitara con rango de ley orgánica [29].

El debate afrontará el doble problema ya conocido: si cabe considerar incluidos a los derechos del autor en el *art. 20 de la Constitución,* y si dicho artículo —sea cual sea su contenido— goza de la *protección jurisdiccional* encauzada hasta el momento por la *Ley 62/78.* Las respuestas a esta doble cuestión van abriendo un variado panorama.

Una primera posibilidad es *negar* toda *relación* entre los derechos del autor y la libre creación del *art. 20.* Esto exige desmontar los sólidos argumentados que los debates constituyentes ofrecen. La ley de «propiedad intelectual» no estaría, pues, desarrollando un artículo de la Constitución en el que no está contemplada, sin perjuicio de que pueda acabar sirviendo de instrumento para una realización más efectiva de su auténtico contenido: la libre creación [30]. Ello llevaría a excluir el carácter orgánico del

---

[29] En la sentencia de 30 de mayo de 1987, sobre el caso Sistiaga —(nota 26), p. 11b— se elude a la enmienda presentada por los democristianos del PDP al art. 123, para añadir que «alertada por esta enmienda, la Ponencia recapacita» sobre el problema. De hecho, aunque en el Informe de la Ponencia se alude a la cuestión al comentar dicho artículo, venía ya planteada por la enmienda a la totalidad defendida por el mismo grupo parlamentario. La petición para que la Mesa se pronunciase al respecto se resuelve con su acuerdo de 5 de mayo de 1987 en sentido negativo. Finalizado ya el trámite parlamentario, el portavoz de Minoría Catalana —grupo ausente durante el debate del articulado— reitera como cuestión de orden el archidiscutido carácter orgánico del proyecto.

[30] Es la postura del *Informe de la Secretaría General...* (nota 16), pp. 3 y 19— que en ningún caso niega que el proyecto dé paso a un desarrollo directo de los derechos del autor, sino que descarta que tal desarrollo emparente con el art. 20 hasta exigir la reserva de ley orgánica.

proyecto y privaría de relevancia a la respuesta a la segunda cuestión: se incluya o no al art. 20 entre los que ya gozan de protección reforzada, ello no beneficiaría a los derechos de autor.

Esta opción deja pendiente cual sería su *encaje constitucional sustitutivo.* La posibilidad más obvia es recurrir al *artículo 33,* dándole así coherencia plena a la terminología «propiedad» intelectual. La exclusión de toda protección reforzada derivaría entonces del propio artículo 53.2 de la Constitución. Dos cuestiones quedarían por resolver. La ya señalada del problemático juego de los *derechos morales,* con un fundamento tan netamente patrimonial, sólo admite dos soluciones: ignorarlos, llegando a una drástica equiparación de propiedad intelectual e industrial, u optar por un dualismo ortodoxo que les busque fundamento por otra vía, como la del derecho al honor.

Una segunda postura defiende que, aun teniendo su fundamento en el artículo 20, *no* cabe considerar que el tratamiento de los derechos del autor en el proyecto constituya un *«desarrollo directo»* del citado precepto. Tal afirmación es difícilmente sostenible, porque equivaldría a sugerir que la acogida de los derechos «morales» en el artículo 14 de la ley, o el reconocimiento de su protección en los artículos 123 y siguientes, no afectan al núcleo esencial de los derechos del autor. Por otra parte, extender a ellos una actitud de indefinición constitucional, similar a la dictaminada por el Tribunal Constitucional sobre la televisión privada, supone abandonar toda dimensión de «desarrollo» constitucional, para situarnos en el amplio campo de las opciones disponibles para el legislador.

En lo relativo a la protección reforzada nos veríamos remitidos a una *«interpositio legislatoris»* que aboca a la perplejidad. En medio de un amplio debate doctrinal sobre la posible extensión a los supuestos del artículo 20 de la «provisional» ley 62/78, el artículo 123 se limita a incluir un «sin perjuicio de otras acciones que le correspondan», que parece todo un monumento a la *inhibición.* Si condicionar a la actividad del legislador la protección de supuestos constitucionales parece ya debilitarlos, aún más preocupante resulta encontrar tal falta de sensibilidad por parte del legislador ante un problema acuciante en la práctica.

Resta, como tercera posibilidad, considerar incluido en el *artículo 20 el núcleo esencial de los derechos del autor,* con el elocuente apoyo de los antecedentes del debate constitucional. Tal contenido exigiría un desarrollo directo detallado —como el que se lleva a cabo en la nueva ley— sujeto obviamente a la reserva de *ley orgánica* prevista en el art. 81.1 de la Constitución.

En cuanto a la segunda cuestión, la interpretación más favorable a la protección de los derechos fundamentales en juego llevaría a considerar *aplicable* a los ámbitos civil y penal —sin reducirla al contencioso-administrativo— la *ampliación del campo de juego de la ley 62/78.* El debate a que esta interpretación se va viendo sometida en la práctica —obligán-

dola a refugiarse en votos particulares o demandas inatendidas por razones periféricas— exigía una actitud más explícita de la nueva ley.

En esta tesitura, se ha abierto una nueva posibilidad de amparo en el largo pleito de *Pablo Serrano.* En una primera etapa sus pretensiones se habían estrellado ante un Tribunal que suscribía una concepción paleomonista de los derechos del autor. En la segunda, veinte años después, el Tribunal se declara incapaz de descender al fondo de su problema. Nadie, sin embargo, le había dicho aún que sus pretensiones no merecieran el reconocimiento de la Justicia. Su viuda daría paso a una *tercera etapa,* ante el *Tribunal Constitucional.*

Pero el Tribunal Supermo ¿no había abordado el 9 de diciembre de 1985 el fondo de la cuestión? Una vez más, se pone de relieve que la distinción entre *fondo y forma* suele plantear ineludibles problemas de fondo. El Tribunal no se limitó a considerar inviable el procedimiento de la ley 62/78 para proteger los derechos del autor, sino que —obligado a fundamentar su postura— aborda problemas tan de fondo como el de distinguir entre un derecho genérico a la creación y otro «del autor» sobre la obra creada, negando que éste se incluya en el art. 20. Su misma afirmación de la necesidad de una intervención legislativa, «*sobre todo* por lo que respecta al procedimiento jurisdiccional» deja entrever que el otro punto sometido a debate —«la configuración del instituto «derecho de autor»»— lo da por prácticamente resuelto; en efecto, una ley puede desarrollar el contenido de un derecho constitucional, pero difícilmente podrá introducir en la Constitución un derecho del autor sobre ese «resultado» de su obrar, que drásticamente se había situado fuera de su ámbito. Ni siquiera sobre la otra alternativa aludida como posible vía de protección —el derecho al honor del art. 18— guarda el Tribunal silencio, ya que traza también una neta divisoria entre los derechos «de la personalidad» y los derechos del autor sobre el «resultado» de su obra.

La demanda solicitando el amparo del Tribunal Constitucional perfila netamente un planteamiento bien diverso. La Constitución brinda ya a los derechos del autor ese fundamento positivo que la lejana sentencia de 21 de junio de 1965 echaba en falta. Su art. 20.1 b) «supone la constitucionalidad del núcleo del derecho de autor», no sólo como freno oponible a la intervención de los poderes públicos, sino incluso para que «operara en relaciones entre particulares». Presente como derecho fundamental en dicho artículo, sin necesidad de «interpositio legislatoris» tampoco será ésta necesaria para arbitrar la protección reforzada del art. 53.2; bastaría con interpretar del modo más favorable a los derechos fundamentales la ampliación que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lleva a cabo del campo de juego de la ley 62/78 —o incluso aplicar a esta misma tal criterio hermenéutico— para encontrar fundamento jurídico a la solución del problema planteado. Tal protección se extendería, de acuer-

do con los documentos de Naciones Unidas, a «los derechos moral y patrimonial del autor» en su doble dimensión.

Especialmente relacionada con la dimensión comunicativa de la creatividad artística arriba expuesta nos parece la alusión, como fundamento del amparo, a la «persistencia de la situación»; el desmontaje de la obra, lejos de suponer un «agotamiento de efectos de los actos lesivos» implicaría una «violación actual» de los derechos del autor. Si se entendiera que su objeto es un «resultado exteriorizado», destruido éste antes de la Constitución, se excluiría toda retroactividad; si se considera, por el contrario, que el objeto del derecho del autor es la relación comunicativa que su obra le permite mantener, su interrupción traumática perdura y constituye un atentado permanente contra un derecho fundamental.

El planteamiento del recurso hacía concebir esperanzas de que el Tribunal Constitucional, aun no llegando a abordar el fondo de la cuestión, dejara de abordarlo —al menos— con la misma generosidad de fundamentación que el Tribunal Supremo. Quedaría así despejado, al fin, por voz tan autorizada si los derechos del autor forman parte del contenido de este derecho de libre creación que él mismo —con afán sistematizador— había considerado como una concreción de la libertad de expresión; en consecuencia, quedaría también margen para considerar o no a su disposición el cauce protector de la ley 62/78.

Si el Tribunal Supremo —para considerar excluido el procedimiento de protección de los derechos fundamentales— se siente obligado a sentar que no considera tales a los derechos del autor, el Tribunal Constitucional no podría sentar lo mismo o lo contrario sin pronunciarse al respecto. Tanto más cuando el Ministerio Fiscal dictamina sin dudar la «vulneración del art. 24.1 de la Constitución, al declarar las sentencias recurridas la inadecuación del procedimiento»; lo cual «es tanto como dejar sin protección un derecho fundamental». Rechaza con ello, por «estricta y literal y desfavorable a la efectividad del derecho fundamental», la cadena de interpretaciones restrictivas realizada por el Tribunal Supremo al excluir la procedencia de tal vía.

El Tribunal Supremo aparentó eludir la cuestión de fondo centrándose en un problema procesal. Ahora el Tribunal Constitucional aparentará algo aún más difícil: eludir la cuestión procesal por considerarse obligado a abordar la de fondo, para dejar luego ésta abandonada entre los vericuetos de las circunstancias del caso, que harían o no extemporáneo del recurso. Tras juego tan barroco, la sentencia poco audaz da paso a las interpretaciones más inteligentes.

Los más optimistas [31] consideran que «dice explícitamente, aunque quizá no con la claridad debida» que las sentencias previas «fueron jurí-

---

[31] Personificados en el propio autor de la demanda E. GARCIA DE ENTERRIA —*Pablo Serrano y el derecho moral de autor* «ABC» 12-IV-1987, pp. 31a y 32a.

dicamente infundadas». Esto no sólo daría por sentado que los cauces de la ley 62/78 son viables para los derechos del art. 20 de la Constitución, sino que incluso permitiría deducir que los derechos del autor están incluidos entre ellos: la «sentencia reconoce, en efecto, como parecía bastante obvio, que el derecho moral de autor es un derecho fundamental porque lo precisa en art. 20 de la Constitución». La verdad es que, tras rastrear sus Fundamentos Jurídicos —con la buena disposición de la que estas mismas líneas dan cumplida fe— no es fácil encontrar en ellos muestra alguna de tan paladinos planteamientos.

Más moderados se muestran los que consideran que la sentencia «declara la idoneidad de la vía procesal utilizada para la tutela del derecho reconocido en el art. 20.1 b)», pero lo hace «sin entrar en el tema de si el derecho moral de autor está o no comprendido» en él [32]. Si lo primero fuera cierto, sería bastante difícil —a caballo siempre entre fondo y forma— excluir lo segundo. Si el Tribunal Constitucional ha aceptado que el Supremo considera inaplicable un procedimiento que sí era aplicable, parece obligado preguntarse por qué era aplicable la ley 62/1978 al caso Pablo Serrano si resulta que sus derechos no tenían rango fundamental en conexión con el art. 20. El problema radica en que si el Tribunal Constitucional llegó a decir lo primero fue de modo suficientemente críptico como para mantener abierto el misterio.

Quedan, por último, los que dictaminan que «afortunada o desgraciadamente, la sentencia del Tribunal Constitucional no aportaba datos nuevos que nos permitiesen tomar una posición clara» al respecto. Esta afirmación lapidaria certificaría una notable oportunidad perdida, por más que las responsabilidades del maxiintérprete de la Constitución no fueran las primordialmente implicadas.

Pasando ya a aspectos laterales, sí cabría obtener alguna doctrina. La postura del demandante vuelve a fundarse en el «carácter duradero» de la lesión del derecho «moral», que —aun producida años antes de la Constitución— «se perpetúa» indefinidamente. La otra parte considerará, por el contrario, que «el desmontaje de la obra y su almacenamiento», hace veinticinco años, no «implica la realización o existencia de actos posteriores» contra los que quepa recurso. Podríamos considerar, de nuevo, aludida la relevancia de la creación artística como apertura de una comunicación.

Si se opta por la primera postura, nos encontramos —dando por sentado que los derechos del autor están incluidos en el art. 20— ante un supuesto de aplicación indirecta de la Constitución, por inconstitucionalidad sobrevenida al perpetuarse la lesión. Si se opta por la segunda, se pre-

---

[32] Así lo hace el *Informe de la Secretaría General...* —(nota 16), p. 14— ayudado quizá por la nula repercusión de tal circunstancia sobre la conclusión denegatoria del carácter orgánico del proyecto.

tendería provocar una retroactividad poco respetuosa con la cosa juzgada. De entrada, la sentencia no excluye la primera posibilidad, ya que la Constitución «puede afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad».

La cuestión vuelve a radicar en si la creación artística es *un acto,* que da paso a *un resultado* netamente separable de ella —como apuntaba el Tribunal Supremo— o si no encierra, más bien, *una actividad comunicativa* poco susceptible de tan tajante disección. El Tribunal Constitucional coincide ahora con el Supremo: nos encontramos ante una «situación plenamente agotada», convertida en 1965 en cosa juzgada, sin que existan después de la Constitución actos derivados de ella. Pero el argumento aportado, para considerar «manifiestamente inaceptable» la perpetuación indefinida de la lesión del derecho del autor, a través del no menos indefinido almacenamiento-destrucción de su obra, no se apoya en consideraciones sobre la creación artística; remite, más bien a problemáticos cálculos sobre el número de supuestos a los que, «de aceptarse la tesis de la demanda, se abriría el recurso de amparo». En operación tan poco necesitada de cómputo final funda el argumento «ad absurdum» en contra de una presunta «retroactividad de grado máximo» [33].

El Tribunal —si bien a efectos meramente discursivos— plantea aún la posibilidad de entender «el almacenamiento de las piezas desmontadas» como un hecho «realmente presente, con plena actualidad», lo cual parece darnos opción a recuperar la dimensión comunicativa de la creación artística. La respuesta a esta mínima dosis de riesgo que el Tribunal se concede no deja de resultar sorprendente. La vulneración «se habría producido el 28 de diciembre de 1978» y el recurso ha de considerarse en consecuencia extemporáneo. La perplejidad acaba siendo inevitable. O el almacenamiento no implica lesión «actual» apreciable después de diciembre de 1965 o, si la implica, lo hará indefinidamente, lo mismo el 28 o el 29 de diciembre de 1978, que el 18 de marzo de 1987 en que se está firmando tan llamativa afirmación. La lesión permanecería; lo único que abre la vigencia constitucional es el sobrevenido comienzo —que no final— de su relevancia antijurídica.

El conjunto de problemas básicos acumulados emplazaba a nuestros legisladores ante una responsabilidad que no podían soslayar. La vieja ley centenaria había abordado, a su modo, con más decisión el carácter fun-

---

[33] Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1987, de 18 de marzo, Fundamento jurídico 3 —«BJC» 1987 (72), p. 468. Es inevitable evocar la sentencia 7/1983 de 14 de febrero que contó con un voto particular del magistrado DIEZ PICAZO. Este argumentaba, en relación a los derechos fundamentales en juego, que «mientras la lesión subsista, la prescripción no puede comenzar a contarse» —«BJC» 1983 (23), pp. 237 y ss. Dada la querencia huidiza de la sentencia que venimos comentando, no es fácil calibrar el alcance del silencio guardado en esta ocasión.

damental de los derechos del autor; si los disfrazó de «propiedad» fue precisamente para garantizarles el máximo rango, aunque su monismo patrimonialista se viera pronto superado. La Constitución ofrecía una espléndida oportunidad para, repitiendo el ejemplo portugués, asumir planteamientos hoy internacionalmente reconocidos. Su debate fue más expresivo que su letra, dentro del ambiente de apresurado desaliño de un laborioso consenso. La inhibición de la nueva ley a la hora de abordarlos marca una perspectiva tendencialmente negativa, si el silencio se considera excluyente.

La negación de rango de ley orgánica no deja de tener fuerza, por la vía de una argumentación «a contrario». ¿Qué alcance concreto debe darse a tal actitud. ¿Habría que entender que la Mesa del Congreso hizo suyo el razonamiento del Informe de su Secretaría General? En tal caso, se habría resuelto el debate estableciendo la conexión con el art. 33, como fundamento de las diversas formas de «propiedad», incluida la «intelectual». Pero, aun dándolo por bueno, cabría siempre preguntar dónde se fundamentan unos derechos del autor que sólo desde el paleomonismo patrimonialista cabe encerrar íntegramente en tales esquemas. El dualismo que el proyecto decía suscribir, invita a la búsqueda de un nuevo fundamento para los derechos personales, que no estaría sino en el art. 20.

Aun admitiendo la tesis del doble fundamento, sigue en pie la piedra de escándalo de la falta de carácter orgánico de los artículos relativos a los derechos «morales». La única vía de salida sería acogerse al «desarrollo indirecto». Si por indirecto entendemos remoto, cabría admitir que el art. 20 acoge el núcleo básico de los derechos «morales» del autor, dejando abierta para su protección la vía del art. 53.2, representada todavía por la ley 62/78. La nueva ley se limitaría a recoger aspectos coyunturales de esos derechos. Esto explicaría su deficiente protección de los básicos, al considerarlos cubiertos por los cauces antedichos, evocados en el art. 123 y su «sin perjuicio de otras acciones que le correspondan». Restan, sin embargo, dos fuentes de duda. La redacción del art. 14 de la nueva ley contempla de modo más básico que coyuntural el núcleo de los derechos «morales»; por otra parte, si admitimos a los derechos del autor un fundamento en el art. 20, los cánones hermenéuticos del art. 10.2 de la Constitución obligan a tener en cuenta la alusión de los documentos de Naciones Unidas a «intereses morales y materiales», dificultando la restricción de tal fundamento a uno sólo de los aspectos en juego.

Sigue abierta la posibilidad de que casos similares al del escultor Pablo Serrano lleven al planteamiento de un recurso de amparo, presentado en tiempo y forma, que obligaría al Tribunal Constitucional a abordar más derechamente la cuestión, al no poder excusar su inhibición en «extemporaneidad» alguna. En tal supuesto, sería deseable un pronunciamiento lo más explícito y comprehensivo que tal vía permita, para pro-

yectar al fin algo de claridad sobre un problema erigido, hoy por hoy, en caso práctico para un concurso de indefinición y de ambigüedad.

* * *

En lo que a la *génesis y desarrollo de los derechos fundamentales en nuestra Constitución* respecta, una triple moraleja se abre paso con facilidad:

— Las imprecisiones o parquedades del *texto constitucional* acaban siendo decisivas. De poco sirven sin su apoyo los debates constituyentes más explícitos. Estos *antecedentes históricos* pueden convertirse en papel mojado, incluso siendo tan recientes, si un hábil intérprete concede idéntico valor a expresiones nítidas rubricadas por la unanimidad del voto y a guiños supuestamente implícitos en el diario de sesiones.

— La *prerrogativa* privilegiada de la que goza el *Legislativo* al *desarrollar* los *derechos fundamentales* implica una notoria *responsabilidad;* fácilmente abandonada al concentrarse la atención en las exigencias perentorias y pragmáticas de colectivos especialmente afectados por la ley en cuestión, a los que se presume una capacidad de influencia en los media nada despreciable.

— Consumada esta dejación de responsabilidad, debe el *Poder Judicial* asumir la suya esforzándose por llevar siempre a cabo la *interpretación más favorable a los derechos fundamentales* en juego y llegando a suscitar, en su caso, las oportunas *cuestiones de inconstitucionalidad* que obliguen a entrar en juego al máximo garante de la Constitución y de los derechos en ella contemplados.