

BASES HISTÓRICAS Y FILOSÓFICAS Y PRECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DERECHO DE AUTOR

JUANA MARCO MOLINA

Profesor Titular interino de Derecho civil. Universidad de Barcelona

SUMARIO: PRIMERA PARTE: LOS INICIOS DE LA PROTECCION AL AUTOR: I. LA ETAPA DE LOS PRIVILEGIOS: 1. Del privilegio del impresor al del autor; 2. Del privilegio al derecho del autor.—II. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA OBRA DEL INGENIO COMO DERECHO DE PROPIEDAD: 1. La noción de «propiedad del autor» en Europa; 2. La noción de «propiedad del autor» en textos de Derecho positivo: los Decretos franceses de 1791/93 y el «Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten» (1792/94); 3. La incorporación de la noción de «propiedad del autor» al ordenamiento jurídico español.

SEGUNDA PARTE: LA LEY SOBRE PROPIEDAD LITERARIA DE 10 DE JUNIO DE 1847: I. SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS.—II. CONTEXTO Y PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA LEY DE 1847.—III. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE 1847.

TERCERA PARTE: LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879: I. EL DEBATE EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ÚLTIMO TERCIO DEL SIGLO XIX—II. LA ELABORACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO DE AUTOR: 1. La aproximación a la naturaleza del derecho a partir de elementos negativos; 1.1. El carácter incorporal del objeto del derecho; 1.1.1. La delimitación del objeto del derecho a partir de construcciones de la Filosofía: Fichte y Hegel; 1.1.2. La influencia de las construcciones filosóficas en la ciencia del Derecho; 1.2. Los elementos no patrimoniales del contenido del derecho; 1.2.1. La influencia de Kant; 1.2.2. *Personalistas* «versus» *patrimonialistas*; 2. Las construcciones alternativas a la «geistiges Eigentum»; 2.1. El derecho sobre bienes inmateriales; 2.2. El derecho de autor como uno de los derechos de la personalidad.—III. LA ELABORACIÓN DE LA

LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879.—IV. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY—V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL. Las llamadas «propiedades especiales»: 1. La incorporación de la categoría al Código civil; 2. El origen de la categoría. El porqué de su formulación; 2.1. Los objetos regulados por leyes especiales en el Proyecto de Código civil de 1851; 2.2. Las «propiedades especiales» en el Código civil; 3. Las propiedades especiales como categoría autóctona del Derecho español.

PRIMERA PARTE

LOS INICIOS DE LA PROTECCIÓN AL AUTOR

Es pretensión primordial de este trabajo mostrar el carácter de institución común europea (o, si se prefiere, occidental) que cabe asignar al derecho de autor. Existe, en efecto, un substrato común de ideas y un desarrollo también más o menos común —aunque no necesariamente sincrónico— de acontecimientos históricos y legislativos del derecho de autor. Es por ello que se presentan los hitos fundamentales de tal proceso en el ordenamiento jurídico español enmarcados en el contexto más amplio de las ideas y acontecimientos de los siglos XVIII y XIX en Europa.

A la hora de recrear el ambiente de dicha institución, se ha prescindido de los datos más comúnmente repetidos en los trabajos hasta ahora existentes sobre la materia, así como de aquéllos que, aun siendo ilustrativos desde un punto de vista cultural, han parecido de escasa influencia en el desarrollo jurídico que se pretende trazar ¹.

¹ Nos resistimos, sin embargo, a omitir el manido dato (tomado, sin duda, por la mayoría de los autores de la monografía de 1838-39 del francés RENOARD; *vid.* Bibliogr.) del origen del vocablo «plagio» en el poeta hispanorromano Marco Valerio MARCIAL (s. I a. J. C.), dado que, aunque en versión castellana, hemos podido localizar el citado epigrama o, mejor dicho, epigramas, puesto que, a pesar de que RENOARD (tomo I, pág. 16) cita sólo el n.º 53, hemos visto que son dos los que utilizan la expresión.

Vid. así Marco Valerio MARCIAL, *Epigramas*, traducidos en parte por Jáuregui, Argensola, Iriarte (Don Juan), Salinas, el P. Morell y otros, y el resto por D. Víctor Suárez Capalleja, con notas y prólogo del mismo, Madrid, 1919, págs. 44-45, epigramas 53 y 54.

Epigrama 53
«Nombra a Quintiano
defensor suyo»

Yo te recomiendo Quintiano,
mis libros
Si es que yo pudiere
Decir que son míos,

Epigrama 54
«Al plagiario Fidentino»

En mis libros, Fidentino,
No hay más que una sola
página
A tu modo, y en tal guisa

I. LA ETAPA DE LOS PRIVILEGIOS

1. Del privilegio del impresor al del autor

El germen del moderno derecho de autor, al menos en su faceta patrimonial², se sitúa en los llamados privilegios de imprenta³.

En un primer momento, lo relativo a la impresión de obras se encuentra tratado en disposiciones que no son de carácter civil, sino con las que el poder público reglamentaba cuestiones para

Cuando los recita
 Vate, que es tu amigo:
 Mas si se quejaren
 Del grave servicio,
 Sirveles de apoyo,
 Préstales auxilio;
 Y si el tal añade
 Que ha en ellos dominio,
 Quiero que le digas
 Que son sólo míos
 Y que yo, su dueño,
 Los he manumiso.
 Si tres, cuatro veces
 Le avisas tal dicho
 Veráse el plagiaro
 De rubor corrido (74)

Presenta el sello de fábrica
 Que a grandes voces publica
 Tus plagios y bribonadas.
 Así la capa de Lingón
 Aplicada a la violácea
 Purpúrea veste de un rico
 La cubre de sucia grasa
 Así vajilla de Arecio
 Vasos cristalinos mancha
 Cuando por acaso vaga,
 Del Caístro en las orillas,
 Con cisnes, aves amadas
 De Leda; así nos ofende
 El escuchar de la urraca
 Los gritos entremezclados
 A las canciones galanas
 con que Filomela hinche
 Los bosques y selvas sacras
 Mis libros no necesitan
 De acusación, ni de guarda:
 Por el contrario, a ti acusan,
 Y contra tí se levantan
 Tus páginas, y «¡Ladrón!»
 A voz en grito te llaman.

Vid. asimismo la Nota 74 de los propios traductores en la pág. 312: «La palabra “plagiarius” era una voz de derecho, con la cual se designaba al culpable del crimen llamado “plagium”, que consistía en vender al esclavo ajeno como propio, o a un hombre libre como esclavo. A MARCIAL se le ocurrió aplicar este nombre al ladrón de sus escritos; y esta metáfora ha tenido tal éxito, que hoy es ya el término corriente para señalar esta especie de ladrones.» Sobre la distinción entre «plagium» (robo de hombres) y «furtum» (robo de objetos), *vid.* KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, München, 1975, II, pág. 434, nota 14.

² En cuanto a los intereses personales del autor, los autores que, como BAPPERT, han trabajado a fondo sobre los primeros tiempos de la institución apuntan a un cierto reconocimiento de ese orden de intereses incluso en la Antigüedad (*vid.* BAPPERT, Walter, *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*, Frankfurt am Main, 1962, pp. 11-93).

³ «Ce mot de “privilège” a dominé toute la période comprise entre le début du XVI^e siècle et la fin du XVIII^e non seulement en France mais dans toute l’Europe: il a eu sur le développement du droit d’auteur une importance primordiale...» (así VILBOIS, Jean, *Du domain public payant en matière de droit d’auteur*, Paris, 1928, p. 354).

él de bastante más interés (censura, comercio de libros y disciplina de imprenta)⁴; con motivo de las mismas, se contemplaban los privilegios de impresión. En esta fase, se inscriben las primeras leyes que forman el Título XVI («De los libros y sus impresiones, licencias y otros requisitos para su introducción y curso») del Libro 8.º («De las ciencias, artes y oficios»), de la Novísima Recopilación de las Leyes de España.

Del examen de dichas disposiciones, resulta que su destinatario no era el autor, sino el impresor-librero; de una parte, era éste el sujeto a quien se imponía la carga de exhibición del libro ante la autoridad administrativa⁵, presupuesto tanto de la censura del libro como de la obtención del privilegio⁶. Pero, además, se constata que, durante los tres primeros siglos que siguieron al descubrimiento de la imprenta, fue el impresor-librero, y no el autor⁷, el beneficiario del privilegio⁸. Con dicha concesión, se retribuía

⁴ GUTIÉRREZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (3.ª ed.) Madrid, 1871, tomo II, p. 470: «Por la indicación de estas leyes se comprenderá que todas las de aquella época y la mayor parte de las del título se relacionaban con asunto de más interés que el de la propiedad literaria objeto de nuestro estudio.»

⁵ El Consejo de Castilla (*vid.* Título y Libro citados de la Novísima Recopilación).

⁶ «... el interés político se escondía detrás de la protección de la propiedad literaria.» (PÉREZ CUESTA, Emilio, «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor», en *Revista de Derecho privado*, enero-diciembre 1981, pp. 333 y ss.).

⁷ «Seuls en effet les imprimeurs et libraires, groupés en corporations, avaient le droit d'impression et de vente des livres subordonné en outre à la permission royale. L'auteur obligé de traiter avec eux dut fatalement subir leurs conditions: tantôt il se contentait de mettre au jour sa production en abandonnant le profit entier à l'imprimeur, tantôt il se déclarait satisfait du prix minime qu'on lui offrait. Les libraires de Paris se rendaient donc propriétaires pour un prix fixe et modique des manuscrits dont ils exploitaient la reproduction garantie par le privilège» (así, VILBOIS, *op. cit.*, p. 355).

⁸ La evolución que trazamos en texto pretende ante todo mostrar una tendencia o línea general, puesto que también se encuentran en esta primera época de la imprenta privilegios concedidos directamente al autor, siempre que la obra hubiera sido impresa a sus expensas (*vid.* así los ejemplos que cita BAYLOS CORROZA, *Tratado...* cit. [en *Bibl.*], p. 142). Se encuentran en dicho autor las reseñas de los más antiguos privilegios españoles. En cuanto a los más antiguos privilegios europeos de librería, *vid.* la ya citada obra de RENOARD (*op. cit.*, tomo I, pp. 106 y ss.), quien según comenta más tarde otro especialista francés (*vid.* PUILLET, *op. cit.* [en *Bibl.*], p. 5, nota 2) toma muchos de sus datos del tratado de uno de los principales adalides del derecho de autor del siglo XVIII, Johann Stephan PÜTTER (1725-1807), a quien nos referimos más adelante. Lleva por título su obra *Der Büchernachdruck nach ächten* Grundsätzen des Rechts geprüft*, Göttingen 1774; es también PÜTTER (*op. cit.*, p. 125) quien transcribe la célebre interpelación de LUTERO** a los impresores («Was soll das sein, meine liebe Druckerherren...»), tildándolos de «Straßenräuber» y «Diebe» porque, además de imprimir sus obras sin su consentimiento y sin contraprestación a cambio, las difundían mutiladas.

* «ächten», en la grafía de entonces, equivale al «echten» actual.

** No indica, en cambio, PÜTTER el pasaje exacto en que se encuentra dicha admonición de LUTERO, que es la «Vorrede zu seiner Auslegung der Episteln und

a esos sujetos los costes de impresión, considerándose que, al permitírseles monopolizar durante cierto tiempo la impresión de determinadas obras, quedaban resarcidos de los mismos; el plazo de disfrute del privilegio se hacía coincidir ordinariamente con el tiempo presumiblemente necesario para dar salida a la edición, menos de diez años, por regla general. Siendo éste el fundamento de la atribución de los privilegios en ese momento, es lícito afirmar que el objeto protegido no era tanto la obra del espíritu como el producto de la imprenta⁹.

El reinado de Carlos III representa una cesura dentro de esta etapa de los privilegios. Por Real Orden de 22 de marzo de 1763, dispuso el monarca «que de aquí adelante no se conceda á nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto»¹⁰, disposición complementada más tarde por la Real Orden de 20 de octubre de 1764¹¹, que declara de carácter hereditario los privilegios concedidos a los autores de libros «por la atención que merecen aquellos literatos, que después de haber ilustrado su Patria no dexan más patrimonio a sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el de imitar su buen exemplo»¹².

Estas normas constituyen una manifestación bien evidente del espíritu del Despotismo Ilustrado con que se asocia dicho reinado. Al constituirse el Estado absoluto, muy a tono con el «siglo de las luces» en que se vivía, en animador cultural, se estimula y

Evangelien von Jesuschristus», año 1525; la referencia es de la obra de SCHMID, que citamos más adelante; *vid.* su p. 4, nota 1.

⁹ «Als Schutzgegenstand erschien allerdings zunächst weniger das Geisteswerk als das Druckwerk» (así HUBMANN, *Urheberrecht...* cit., p. 11; y BAYLOS CORROZA, *op. cit.*, p. 136, quien recoge la opinión del citado autor).

¹⁰ Es la Ley XXIV, Tit. XVI, Libro 8.º Nov. Rec.

¹¹ Es la Ley XXV del mismo Título y Libro.

¹² Desde entonces esta «muletilla» estará presente como declaración de intenciones —incentivar al individuo en aras del beneficio de la colectividad— en prácticamente todas las posteriores leyes de propiedad intelectual, sea cuál sea su signo y tiempo.

Vid. así, el Decreto no. 265 de 10 de junio de 1813 de las Cortes de Cádiz: «deseando que éstos (los autores) no queden algún día sepultados en el olvido, en perjuicio de la ilustración y literatura nacional...»; Ley de propiedad literaria de 10 de junio de 1847, presentación del Proyecto de Ley al Senado por el Ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas: «a fin de que los escritores españoles tengan todos los estímulos que necesitan...» (Diario de Sesiones del Senado de 1847, apéndice al n.º 17, de 20 de febrero); Ley sobre propiedad intelectual de 10 de enero de 1879, Dictamen referente a la Proposición de ley, remitido por la Comisión del Congreso al Congreso: «los autores españoles encontrarán estímulo bastante para honrar a su patria con los productos de su ingenio» (Diario de Sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al n.º 49, sesión de 4 de enero de 1877); Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, Preámbulo: «otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes... contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos.» («B.O.E.» de 1987, n.º 275, de 17 de noviembre).

premia al individuo que contribuye al enriquecimiento del acervo cultural común. Este giro en cuanto al sujeto protegido es prácticamente coetáneo al del contexto europeo; así, en el Estatuto inglés de la reina Ana de 11 de enero de 1709¹³ —promulgado significativamente bajo la rúbrica «An act for the encouragement of learning»¹⁴— y, en Francia, en dos resoluciones dictadas por el «Conseil du roi» (Luis XVI) el 30 de agosto de 1777 para reglamentar la librería y la imprenta¹⁵.

2. Del privilegio al derecho del autor

La construcción de la relación entre el autor y su obra como derecho exclusivo de éste sobre aquélla no es anterior al siglo XVIII. En realidad, puede decirse que la evolución que lleva a la consagración de un derecho del autor sobre su obra se revela como uno más de los frentes de la batalla ideológica del siglo XVIII y se inscribe plenamente en el debate que comporta el tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen¹⁶.

¹³ Facilita el texto íntegro de dicha disposición legal la obra de Josef KOHLER *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907, p. 487. La recoge el citado autor calificándola como «Das erste moderne Autorgesetz».

Entre nosotros, aclara la confusión de fechas en torno al citado cuerpo legal José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA en su artículo «Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos», en el *Anuario de Derecho civil*, 1986, tomo 39, fascículo III (julio-septiembre), pp. 885 y ss.; *vid.* su p. 891.

¹⁴ *Vid.* el título completo de dicha Ley también en KOHLER, loc. cit.

¹⁵ El preámbulo de una de estas resoluciones, el «Arrêt sur les privilèges», manifestaba: «... le privilège en librairie est une grace fondée en justice et qui a pour objet, si elle est accordée à l'auteur de récompenser son travail, si elle est accordée au libraire de lui assurer le remboursement de ses avances et l'indemnité de ses frais...» Y de ésta diferencia en los motivos que determinaban la concesión de uno y otro privilegio deducía dicha resolución su distinta duración: mientras que al privilegio del autor se le reconocía carácter perpetuo, el del editor sólo podía disfrutarse por el tiempo máximo de la vida del autor.

El texto de las citadas resoluciones, que no aparecen en obras más generales de legislación francesa como las de IMBERT o SAGNAC, lo transcribe la citada monografía de RENOARD (tomo I, pp. 167 y ss.).

¹⁶ «Daß es sich dabei nicht etwa vorwiegend um die geschäftlichen Interessen der buchhändlerischen Firmen, sondern in der Tat um die Förderung der höchsten geistigen Interessen der Nation handelte, das erhellt schon aus dem Umstande, dass gerade die Zeiten einer grossen nationalen Erhebung von den Anfängen einer allgemeinen Gesetzgebung zum Schutze des geistigen Eigenthumes* bezeichnet werden.» (KLOSTERMANN, op. cit. [en nuestra Bibliogr.], p. 127.) Cita KLOSTERMANN como ejemplo de su anterior afirmación la Constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de septiembre de 1787 (*vid.* su art. 1.º, apdo. 8.º: «El Congreso tendrá la facultad... de promover el progreso de la ciencia y artes útiles, asegurando por un plazo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos»), así como los Decretos revolucionarios franceses de 1791 y 1793, que mencionamos más adelante en el texto.

En definitiva, el debate ideológico en torno a los derechos o propiedad del autor

Con el advenimiento del Estado moderno, habrá de cambiar en España, como en los demás países europeos, la óptica del derecho del autor: del principio del privilegio dependiente de determinaciones discrecionales del soberano, se pasará al reconocimiento de un derecho expresado por la norma impersonal y absoluta de la ley. En este punto sí que los hitos de dicha evolución van a producirse en España con unas cuantas décadas de retraso respecto al resto de Europa occidental, además de que dicha evolución no seguirá en nuestro país una trayectoria lineal, porque tampoco fue lineal la ruptura con el Antiguo Régimen y el tránsito del Estado absoluto al Estado de Derecho.

II. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA OBRA DEL INGENIO COMO DERECHO DE PROPIEDAD

1. La noción de «propiedad del autor» en Europa

La contestación de la idea «odiosa» de privilegio¹⁷ se produce —al igual que la propia contestación del poder absoluto del soberano— desde dentro del propio Estado absoluto. Ya durante la vigencia del régimen de los privilegios de imprenta conferidos a los impresores-libreros se dejaron oír voces en contra de los privilegios de librería (como una más de las manifestaciones de ese poder absoluto, de corte feudal, que se pretende socavar) y a favor de la libertad de imprenta (y del libre ejercicio de cualquier actividad económica)¹⁸.

no representa sino uno más de los intentos de romper con una época que, según AHRENS (op. cit. [en Bibl.], p. 148, nota 1), «kein allgemeines bürgerliches Recht kannte, wo jedoch die Staatsgewalt sich mehr und mehr als die Quelle aller Rechte zu betrachten begann...»

* Hasta el siglo XX, a menudo «th» por «t» (ej. «Eigenthum» por «Eigentum»).

¹⁷ «Ce titre odieux qui consiste à conférer gratuitement à un seul un bénéfice auquel tous ont une égale et juste prétention, voilà le privilège abhorré par le bon citoyen et le ministre éclairé! Reste à savoir si le privilège du libraire est de cette nature» (Vid. DIDEROT, Denis, «Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire», en *Diderot, œuvres complètes*, édition critique et annotée présentée par John LOUGH et Jacques PROUST, Paris, 1976, tomo VIII, pp. 479-567; vid. p. 508). La citada «carta» de DIDEROT data de junio de 1767.

¹⁸ «Y aquí es donde se plantea un conflicto entre el ideario revolucionario, que postula la libertad de imprenta, la posibilidad de ejercer una actividad industrial y económica sin límite alguno, la supresión de toda posición privilegiada en el mercado, y esa pretensión monopolística, que es la única que satisface plenamente el derecho de los creadores» (así BAYLOS CORROZA, op. cit., p. 401).

Se hizo entonces necesaria la intervención de algunos de los pensadores de la Ilustración y del Iusnaturalismo para buscar a la posibilidad de imprimir en exclusiva determinadas obras mejor fundamento que el privilegio real: «Monsieur, le privilège n'est ici qu'une sauvegarde accordée par le souverain pour la conservation d'un bien dont la défense dénuée de son autorité expresse excéderait souvent la valeur», dirá el enciclopedista Diderot¹⁹. En el mismo sentido, y por la misma época, se expresaba el iusnaturalista Johann-Stephan Pütter: «Bücherprivilegien ... scheinen nur aufgekomen zu sein ... um desto sicherer und prompter wider Nachdruck Hülfe zu erlangen»²⁰.

Lo que se pretendía todavía en este momento con este tipo de asertos es encontrar una justificación al monopolio de imprenta ejercido por algunos libreros y demostrar la ilicitud de las reproducciones de libros²¹ llevadas a cabo por sujetos no autorizados. Y tal justificación la sitúan dichos autores, no en el privilegio²², que es sólo el refuerzo concedido a un derecho que existe por sí mismo, sino en el hecho de haber adquirido el librero su derecho del autor: «Est-ce qu'un ouvrage n'appartient pas à son auteur autant que sa maison ou son champ? Est-ce qu'il n'en peut aliéner à jamais la propriété? Est-ce qu'il serait permis...de depouiller celui qu'il a librement substitué à son droit?...»²³. «Wie aber jedes

¹⁹ Id. DIDEROT, op. cit. p. 510.

Para una caracterización general del pensamiento de DIDEROT, vid. SAGNAC, Philippe, *La législation civile de la Révolution Française...*, cit., pp. 21-33, quien adscribe a DIDEROT a una de las tendencias más radicalmente individualista dentro del Iusnaturalismo francés del siglo XVIII.

²⁰ Vid. PÜTTER, op. cit., p. 5.

Sobre la adscripción de PÜTTER al Iusnaturalismo, vid. BRUNNER, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Erster Band, 2. Auflage, Verlag von Duncker und Humboldt, Leipzig, 1906, p. 21; vid. también WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, pp. 203; 224. Ambos autores lo consideran también fundador de una escuela de pensamiento iuspublicista, la escuela de Göttingen. Para una biografía de PÜTTER, vid. KLEINHEYER, Gerd und SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989 [3. Auflage], p. 209.

²¹ De libros y también de grabados; aunque a remolque de la protección a la obra escrita, se deja sentir también la necesidad de protección de la obra plástica. También a ella extiende PÜTTER sus argumentos: «... der Nachstich fremder Kupferstiche überhaupt ist wie ein Büchermachdruck...» (op. cit., p. 5; pp. 91 ss.).

²² Los argumentos de DIDEROT y PÜTTER discurren en paralelo: ambos autores se esfuerzan en distinguir el privilegio del librero, fundado en un verdadero derecho, de los demás privilegios, que, por ser infundados, coartan arbitrariamente la libertad general. Vid. así DIDEROT, op. cit., p. 511: «C'est la nature du privilège... c'est le nom même de privilège qui a exposé ce titre à la prévention générale et bien fondée qu'on a contre tout autre exclusif»; y PÜTTER, op. cit., p. 4: «Andere Künste oder Erfindungen und Waaren ist zwar erlaubt nachzumachen, sofern kein Privilegium ein Monopolium gibt. Allein das Eigenthum eines Verlagsbuchs macht kein Monopolium aus»

²³ Vid. DIDEROT, op. cit. Ideas análogas a las de DIDEROT se encuentran ya en una memoria anterior a la del propio DIDEROT, la del abogado y canonista Louis D'HERICOURT, fechada en 1725. D'HERICOURT, quien tercia en la polémica entre los

Eigenthum, das durch einen rechtmässigen Vertrag einmal rechtmässig erworben ist, von selbst jeden Dritten ausschliesst, ohne daß erst ein besonderes "ius prohibendi" darüber erlangt werden darf... so bringt ein einmal vertragsmässig erworbenes Verlagsrecht von dieser Art auch von selbst ein "ius prohibendi" gegen jeden Dritten mit sich...»²⁴

Es por esta vía indirecta de la defensa del derecho de exclusiva que puede haber obtenido un librero²⁵ frente a quienes pretendan, en aras del interés común, la libertad general de imprenta²⁶ que

libreros de París, favorecidos por los privilegios, y los de provincias, intenta defender los derechos de aquéllos con argumentos parecidos a los de DIDEROT: «... ce ne sont point les privilèges que le roi accorde aux libraires qui les rendent propriétaires des ouvrages qu'ils impriment, mais uniquement l'acquisition du manuscrit, dont l'auteur leur transmet la propriété au moyen du prix qu'il en reçoit». No hemos tenido, sin embargo, acceso a este documento. Dan cuenta de su existencia, además de RENOUARD (op. cit., I, p. 156), el propio DIDEROT (loc. cit., p. 511): «Tandis que je vous écrivais, j'ai appris qu'il y avait sur cet objet un mémoire imprimé d'un de nos plus célèbres jurisconsultes. C'est M. d'Héricourt...»

²⁴ Vid. PÜTTER, op. cit., p. 50.

²⁵ Tanto BAPPERT (op. cit., pp. 217 y ss.), como ULMER (op. cit., p. 52) y HUBMANN (op. cit., pp. 14 y 16) asocian las primeras manifestaciones de la idea de «propiedad» sobre la obra del ingenio a la defensa de los derechos del editor. Vid. así por todos HUBMANN op. cit. p. 14: «Während es so schien, als ob der Schutz der Verleger den der Urheber allmählich verdränge, **verfeinerte*** sich unter den geistig Schaffenden das **Urheberrechtsbewußtsein**.* Y STRÖMHOLM op. cit., p. 258: «... tant qu'auteurs et éditeurs... combattent ensemble les contrafacteurs, dont les agissements mettent en péril jusqu'à leur existence économique, la préoccupation des intérêts susceptibles de diviser les deux alliés doit paraître dangereuse... Une fois que la guerre commune a été menée à bonne fin, il est temps de s'occuper de différends internes».

* En negrita en el original.

²⁶ La polémica en torno al conflicto entre libertad de imprenta y derecho de autor es también común a toda Europa y se prolongará hasta el primer tercio del siglo XIX. Vid. así la serie de artículos de la época, en torno a dicha polémica citados en KOHLER («Die Idee des geistigen Eigenthums», en *AfdcP*, 1894, Band 82, pp. 141 y ss.; vid. a este respecto pp. 187 y ss.).

Hay que destacar que en defensa del derecho de autor se pronuncian los principales filósofos del momento: KANT, FICHTE y HEGEL. No reproducimos, sin embargo, aquí y ahora sus argumentos, dado que los mismos van a ser utilizados por los juristas en el último tercio del siglo XIX, ya no meramente en defensa del derecho de autor (problema que estará ya obviado para aquel entonces), sino para la propia construcción dogmática del derecho de autor. Servirán, en efecto, los argumentos de tales filósofos para resolver problemas técnicos, como son la definición del objeto del derecho (FICHTE, HEGEL y KANT, por orden de influencia) y la determinación de la naturaleza del propio derecho (KANT y HEGEL, por ese mismo orden).

Sí pueden traerse a colación en y para este momento de controversia en torno al reconocimiento del derecho de autor como obstáculo de la libertad de imprenta las opiniones de juristas que utilizan como arma arrojada los argumentos de tales filósofos en defensa del derecho de autor. Vid. así en defensa del derecho de autor el artículo de SCHMID, seguidor de las tesis de FICHTE (SCHMID, Karl Ernst, *Der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik*, Jena, 1823); en las pp. 78 y ss. fundamenta el citado autor la propiedad del autor en la distinción de FICHTE entre «forma» y «contenido» de la obra. El argumento se verá contestado en uno de los últimos artículos a favor de la libertad de imprenta y en contra del

empieza a abrirse paso la idea de «propiedad del autor»: «En effet quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches... Je le répète, l'auteur est maître de son ouvrage, ou personne dans la société n'est maître de son bien. Le libraire le possède comme il était possédé par l'auteur. Or le droit du propriétaire est la vraie mesure du droit de l'acquéreur»²⁷.

¿Cómo se fundamenta ese derecho del autor? Al igual que cualquier otra propiedad se funda en el trabajo, en la aplicación del propio esfuerzo a la transformación de la naturaleza y de la realidad preexistente. Así lo afirma otro representante del Iusnaturalismo y la Ilustración, William Blackstone²⁸, quien asigna al derecho sobre la obra el mismo título que, para Locke,²⁹ constituía el fundamento de todo derecho de propiedad: el trabajo: «There is still another species of property, which, being grounded on labour and invention, is more properly reducible to the head of occupancy than any other; since the right of occupancy itself is supposed by Mr. Locke³⁰, and many others, to be founded on the

derecho de autor, publicado por Ludwig HÖPFNER, profesor de la Facultad de Derecho de Leipzig, bajo el significativo título *Der Nachdruck ist nicht rechtswidrig*, Grimma, 1843, p. 44: «Fichte und Hegel erklären also, daß weder das Manuskript, noch die, in dem Werke niedergelegte Summe der einzelnen Gedanken, sondern allein die Form des Werks der Gegenstand der Eigentumstheorie sein könne...». Y critica dicha tesis (en p. 53): «... der Schall des gesprochenen Worts und des gesungenen Tons [que es lo que, según HÖPFNER, constituye para FICHTE la «forma» de la obra] alle diese Gegenstände können gesehen oder gehört werden, sie können nicht festgehalten werden, sie fügen sich nicht die Disposition des Menschen, und können daher niemals Eigentumsgegenstände sein...»

²⁷ Id. DIDEROT, loc. cit., p. 510.

Vid. en PÜTTER afirmaciones paralelas a las de DIDEROT: «Die Werke, die ein Gelehrter ausarbeitet, sind unstreitig ein wahres Eigenthum ihres Verfassers, so wie ein jeder das, was seiner Geschicklichkeit und seinem Fleiß sein Dasein zu danken hat, als sein Eigenthum ansehen kann» (PÜTTER, op. cit., p. 21).

²⁸ WIEACKER (op. cit., p. 158) lo considera representante del Iusnaturalismo racionalista.

Se transcribe de su obra *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1766, Libro II («Of the Rights of things»), Capítulo 26 («Of title to things personal by occupancy»), p. 405.

²⁹ Sobre la influencia de LOCKE en la construcción dogmática del derecho de autor a través de KOHLER, *vid.* la explicación del propio KOHLER en su monografía de 1880 *Das Autorrecht*, pp. 98 y ss.: «Die philosophische Begründung des Eigenthums und des Immaterialrechts liegt in der Arbeit, richtiger, in der Güterschöpfung; wer ein neues Gut schafft, hat das natürliche Anrecht daran...» (op. cit., p. 100). Y se refiere a continuación explícitamente a la influencia de LOCKE (op. cit., p. 100): «So war es Locke... vorbehalten, die Lösung des Rätsels über den Eigenthumswerb vorzufinden.»

³⁰ Se refiere BLACKSTONE a la obra de John LOCKE, *Two Treatises of government* de 1698. El segundo de dichos tratados, que lleva por subtítulo «An essay concerning the true original, extent and end of civil government», consagra su capítulo V al derecho de propiedad («Of property»); afirma allí LOCKE que en el estado

personal labour of the occupant. And this is the right, which an author may be supposed to have in his own original literary compositions: so that no other person without his leave may publish or make profit of the copies.»

2. La noción de «propiedad del autor» en textos de Derecho positivo: los Decretos franceses de 1791-93 y el «Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten» (1792-94)

Esta caracterización del derecho de autor, en base a las ideas expuestas, como un derecho natural a los frutos del propio trabajo, no sólo le servirá para sobrevivir, una vez el triunfo de las nuevas ideas comporte una supresión de todos los privilegios, sino que va a encontrar incluso un reflejo en los textos legales que representan la consagración positiva de tales ideas.

En Francia, la influencia de las mismas se deja sentir en dos Decretos³¹ promulgados específicamente para reconocer la propiedad del autor, el «Décret relatif aux spectacles», de 13-19 de enero de 1791 y el «Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs», de 19-24 de julio de 1793³². Están imbuidas estas

de la Naturaleza el trabajo era el único título legítimo de adquisición de la propiedad: «Whatsoever then he [el hombre] removes out of the State that Nature had provided, and left it in, he had mixed his Labour with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his Property...» (op. cit., p. 306); y p. 315: «And thus [así], I think, it is very easy to conceive without any difficulty, how Labour could at first begin a title of Property in the common things of Nature, and how the spending it upon our uses bounded it. So that there could then be no reason of quarrelling about Title, nor any doubt about the largeness of Possession it gave.»

Obsérvense las concomitancias entre esta última afirmación de LOCKE: «... nor any doubt about the largeness of Possession it gave» y la última de las de DIDEROT transcritas en el texto: «Or le droit du propriétaire est la vraie mesure du droit...». No descartamos que se hubiera inspirado también el propio DIDEROT en LOCKE,* afirmando entonces como él que tanto para el derecho de autor, como para el de propiedad sobre las cosas el título que confiere el derecho, el trabajo, determina a la vez la medida o el alcance del derecho que en su virtud se adquiere.

* Sobre la influencia del pensamiento inglés del siglo XVII en el lusnaturalismo francés del siglo XVIII, *vid.* SAGNAC, op. cit., p. 122.

³¹ Tales Decretos estarán vigentes en Francia hasta su derogación por la Ley sobre la propiedad literaria de 1957 (*vid.* el art. 77 de la misma).

No se refiere a esos Decretos la obra de SAGNAC. Se recoge el texto de tales disposiciones en la ya citada monografía de RENOARD (tomo I, pp. 300 y ss.) y en el Repertorio DALLOZ (*vid. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, 1857, tomo 38, voz «propriété littéraire et artistique», pp. 441 y ss.; *vid.* p. 444).

³² Véase (en RENOARD op. cit., I p. 309) el discurso de LE CHAPÉLIER con que fue presentada la primera de ellas, el «Décret relatif aux spectacles» a la Asamblea

disposiciones del tono proclamatorio que caracteriza a los textos del primer período revolucionario³³. Se pretende con ellas resaltar el carácter de derecho subjetivo, reconocido por las leyes, que corresponde al derecho del autor sobre su obra y se quiere acentuar la necesidad de su protección mediante el simil con el derecho de propiedad³⁴.

Al margen de que estos Decretos constituyan su primera consagración positiva, la tesis iusnaturalista de la propiedad del autor sobre su obra no es exclusiva de Francia, sino que —como apuntábamos ya al inicio de esta exposición— es una tesis común europea³⁵.

El triunfo de tal concepción va a quedar asimismo³⁶ reflejado en un cuerpo legal aún de mayor trascendencia para el desarrollo jurídico europeo, en tanto representa, para todos los ámbitos jurídicos, la plasmación en un código de las ideas del iusnaturalismo racionalista: el «Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten»³⁷. Este primer reconocimiento legal de la «geistiges Eigen-

nacional: «La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain... comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail...».

Obsérvense las concomitancias con algunas de las expresiones que ya encontramos en DIDEROT y véase más adelante, todavía en mayor medida, la semejanza entre las palabras de LE CHAPELIER y las expresiones que utilizará el Ministro español, ROCA DE TOGORES, en su presentación al Senado de la Ley sobre propiedad literaria de 1847.

³³ Sobre la caracterización general de las leyes de este período, *vid.* SAGNAC, *op. cit.*, pp. 44; 52-55.

³⁴ *Vid.* el discurso con que LAKANAL, en nombre del Comité de Instrucción pública, presentó a la Convención nacional el Decreto de 1793: «... et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive... C'est après une délibération réfléchie que votre comité d'instruction publique vous propose de consacrer des dispositions législatives qui forment, en quelque sorte, la déclaration des droits du génie.» (*vid.* RENOARD, *op. cit.*, I, p. 326).

³⁵ Por lo menos todavía en este período que aquí contemplamos (*vid.* al respecto ULMER *op. cit.*, p. 55; AHRENS, *op. cit.*, p. 148 nota 1; y Georg ROEBER, en su artículo «Urheberrecht oder Geistiges Eigentum», en el *Archiv für Urheber-, Film-, Funk und Theaterrecht* [UFITA], Band 21, pp. 150 y ss.; *vid.* pp. 153-154).

Sobre los distintos derroteros que después del siglo XVIII seguirá el Derecho anglosajón, sobre todo el inglés, *vid.* ULMER, *op. cit.*, pp. 55-56 y BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, p. 83.

³⁶ Incluso antes o a la vez que en Francia, si se piensa en el período transcurrido entre la primera promulgación (en 1792) del «Allgemeines Landrecht» y su definitiva entrada en vigor (en 1794). *Vid.* a este respecto BORNEMANN, Friedrich Wilhelm, *Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts*, Berlin, 1842, I, pp. 5 y ss. La obra de BORNEMANN (1798-1864), alto funcionario de la administración del antiguo Reino de Prusia, se considera la primera elaboración sistemática del Derecho privado prusiano (así KLEINHEYER, Gerd y SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989, p. 335).

³⁷ Gráficamente caracteriza WIEACKER a este cuerpo legal como «Durchsetzung

tum» es en el ámbito germánico menos categórico que la positivización francesa de la «propriété littéraire»³⁸, en tanto que no se declara taxativamente y en preceptos concretos el derecho de propiedad del autor. La propiedad del autor sobre su obra se contempla, antes bien, como presupuesto, en tanto se declara que *sólo* a través de un contrato con el autor adquiere el editor facultades de utilización de la obra (*vid.* § 998 Teil I, 11. Tit. ALR)³⁹. La idea de propiedad del autor se ve asimismo reforzada en la medida en que se reconoce al trabajo intelectual («Geistesarbeit») como uno de los posibles fundamentos de la adquisición del derecho de propiedad (*vid.* § 988; § 995 Teil I, 11. Tit. ALR)⁴⁰.

Una declaración más directa y rotunda de la «geistiges Eigentum» se produce algo más tarde —aunque como consecuencia de su reconocimiento en el propio ALR— en una ley específica del derecho de autor, la Ley prusiana⁴¹ de 11 de junio

des natürlichen Rechts» (op. cit. p. 202) y «preußische Sonderart der europäischen Aufklärung» (op. cit., p. 204). En el mismo sentido, *vid.* AHRENS, op. cit., p. 148, nota 1.

³⁸ Señala asimismo ULMER (op. cit., p. 58) que, a diferencia de Francia, en el ámbito germánico la sustitución de la idea de privilegio por la de propiedad del autor tuvo carácter de transición y no de ruptura, lo cual es congruente con el modo también diferente en que en uno y otro ámbito se sale del Antiguo Régimen: por vía de una revolución en Francia, sin romper con el Estado absoluto, en Prusia.

³⁹ El precepto se encuentra dentro de los que el ALR dedica, en sede de contratos, al contrato de edición (*vid.* § 996 ff: «Verlagsverträge»). Si la «geistiges Eigentum» se incorpora al Código civil prusiano precisamente en esta sede es por voluntad de uno de sus principales artífices, Carl Gottlieb SVAREZ [o SCHWARZ] (1746-1798). Al proponerse en uno de los trámites de la elaboración del citado cuerpo legal («revisio monitorum»)* que se ubicase lo relativo a la propiedad del autor en el título consagrado al derecho de propiedad en general y lo relativo a la relación entre autor y editor en sede de contrato de compraventa, se pronunció SVAREZ en los siguientes términos: «Von dem Rechte des Schriftstellers auf sein Werk, so lange er solches noch nicht einem Verleger gegeben hat, ist hier gar nicht die Rede. *Das gehört allerdings in die Lehre vom Eigenthum; es ist aber auch nichts besonders darüber zu sagen**.* Das Verhältniß zwischen Schriftsteller und Verleger kann unmöglich nach der Theorie vom Kauf und Verkauf beurteilt werden. Das Eigenthum der Schrift, in sofern sie *Geistesprodukt*** ist, geht keineswegs auf den Verleger über; er erwirbt bloß das Verlagsrecht, i.e., die Befugniß, die Schrift durch den Druck zu vervielfältigen...» (así transcrito en BORNEMANN, op. cit., p. 195).

* Sobre las distintos trámites por los que pasó la elaboración del Código civil prusiano, *vid.* el prolijo relato de BORNEMANN (*id.* op. cit., pp. 5-10).

** La cursiva es mía.

⁴⁰ Se encuentran asimismo tales preceptos en sede de contratos, bajo la rúbrica «Prämien». *Vid.* §988 Teil I, 11. Tit. ALR: «Auf nützliche Geistesarbeiten... öffentliche Belohnungen aussetzen, ist einem jeden erlaubt.»; y, sobre todo, § 995 Teil I, 11. Tit. ALR: «Das Eigenthum der von einem jeden Mitwerber gelieferten Arbeit bleibt ihrem Urheber...»

⁴¹ La importancia que como primer Código europeo debe asignarse al «Allgemeines Landrecht» nos ha llevado a ceñirnos en el texto a lo relativo al Reino de Prusia. Pero debe dejarse constancia de la consagración de la noción de propiedad intelectual o «geistiges Eigentum» también en los textos legales de otros antiguos Estados germánicos, como, por ejemplo, el Gran Ducado de Baden y el Reino de

de 1837⁴², que lleva precisamente por rúbrica «Ley para la protección de la propiedad sobre las obras de la ciencia y el arte...»⁴³.

Nota común a todos los textos legales de este período es el espíritu más combativo que técnico con que se incorpora la noción de «propiedad» sobre las obras del ingenio. Lo importante en este momento es antes distanciarse de la idea de privilegio o concesión graciosa del soberano, que definir la verdadera naturaleza del derecho del autor sobre la obra producto de su ingenio. Y ese mismo espíritu combativo está en la base de la equiparación del derecho sobre la obra al más poderoso de los derechos sobre las cosas: el derecho de propiedad.

No se pretende todavía en este momento extraer verdaderas consecuencias jurídicas de esa proclamada propiedad⁴⁴. Por eso,

Sajonia. En cuanto al primero, *vid.* el «Badisches Landrecht» de 1809 (§§ 577 d a / d h)* (sobre dicho cuerpo legal, *vid.* GIESEKE, *op. cit.*, pp. 117-120; STRÖMHOLM, *op. cit.*, pp. 221-223 y, sobre todo, KLEINHEYER-SCHRÖDER, *op. cit.*, p. 335); *vid.* también la Ley del Reino de Sajonia de 22 de febrero de 1844 («Gesetz den Schutz der Rechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst betreffend»).

Los textos completos de todas estas disposiciones se encuentran en la obra de EISENLOHR, Ch. F. M., *Sammlung der Gesetze und internationalen Verträge zum Schutze des literarisch-artistischen Eigenthums in Deutschland, Frankreich und England*, Heidelberg, 1857.

* La peculiar numeración de tales preceptos del «Badisches Landrecht» obedece a que este cuerpo legal no es sino traducción del Código civil francés (el Gran Ducado de Baden y otros territorios del oeste alemán, como el Sarre, han sido históricamente zona de influencia francesa). Lo que hace entonces el artifice del «Badisches Landrecht», Johann Nikolaus BRAUER, es añadir al último precepto consagrado al derecho de propiedad en el Código civil francés, el art. 577 (es el § 577 «Badisches Landrecht»), preceptos relativos a la propiedad del autor (materia que no forma parte del Código civil francés y que el «Badisches Landrecht» si incorpora, por iniciativa de BRAUER) señalándolos con letras para mantener la numeración: § 577 d a, § 577 d b, etc.

⁴² Su rúbrica completa es «Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung». Sobre dicha Ley, *vid.* las ya citadas obras de BORNEMANN (*id.* p. 195) y KLOSTERMANN, (*op. cit.*, pp. 48 y ss.); y más específicamente la obra de HITZIG, Julius Eduard, *Das königliche preussische Gesetz vom 11. Juni 1837 dargestellt in seinem Entstehen und erläutert in seinen einzelnen Bestimmungen aus den amtlichen Quellen*, Berlin, 1838. En la actualidad, se refiere también a dicha Ley HUBMANN, *op. cit.*, p. 19.

⁴³ Se afirma que en la elaboración de dicho texto legal intervino Friedrich Karl von SAVIGNY, Consejero de Estado en la época de su promulgación, si bien no hemos podido establecer en qué medida: KLOSTERMANN (*op. cit.*, p. 55) se refiere a una «participación destacada» de SAVIGNY; STRÖMHOLM (*op. cit.*, pp. 218-219 y nota 80) se muestra a este respecto más comedido. *Vid.* también GIESEKE, Ludwig, *Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, Göttingen, 1957, p. 152, nota 495.

⁴⁴ «Sans doute ces textes [se refiere a los Decretos franceses de 1791 y 1793] parlent de «propriété»... Mais la nature du droit qu'ils proclament préoccupe peu les législateurs d'alors: ils veulent en assurer et en garantir l'exercice et dans ce but ils accordent à l'auteur un droit exclusif sur tous les produits de son travail... Comment expliquer en effet, si l'assimilation avait été complète dans leur pensée, qu'ils aient

en todos los textos citados las declaraciones del derecho de propiedad van, paradójicamente, seguidas de preceptos que señalan al mismo un plazo máximo de duración (*vid.* así el art. 2.º del Decreto de 1791 y el art. 2.º del Decreto de 1793; y los §§ 5 y 6 de la Ley prusiana de 1837), sin que parezca todavía plantear excesivas dificultades la justificación de tal contradicción; basta con declarar que «*cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés*» y que «*après le délai fixé, la propriété du public commence...*»⁴⁵.

La importancia de este período en la evolución del derecho de autor, o, más en general, del derecho sobre las producciones del ingenio, es la incorporación de tal institución —en tanto se la convierte en derecho subjetivo, exclusivo de un determinado sujeto— al Derecho privado. Su ubicación dentro de la sistemática del Derecho privado corresponde a un período posterior⁴⁶ (el último tercio del siglo XIX) y, por tanto, no vamos a analizarla en este momento, puesto que procede antes detenerse en el examen del primer texto legal de Derecho privado que en el ordenamiento jurídico español se ocupa del derecho que recae sobre la obra del ingenio: la Ley sobre propiedad literaria de 10 de junio de 1847.

3. La incorporación de la noción de «propiedad del autor» al ordenamiento jurídico español

La persistencia de la noción del derecho sobre la obra del ingenio como «propiedad intelectual»⁴⁷ en el ordenamiento jurí-

enlevé aux familles des auteurs, dix ans après leur mort, ce droit «inviolable et sacré»*...?» (así VILBOIS, *op. cit.*, p. 363). En el mismo sentido, y para el «Badisches Landrecht», *vid.* GIESEKE, *op. cit.*, p. 118: «Damit war bereits gesagt, daß der Ausdruck «Eigentum» hier nur als Bezeichnung eines neuartigen ausschliesslichen Rechts gebraucht war.» Y para una caracterización general de los textos legales de este período, *vid.* von GIERKE, *op. cit.*, p. 760.

* Entrecomillado en el original.

⁴⁵ Se transcribe el ya citado discurso de LE CHAPELIER de presentación del Decreto de 1791 (*id. loc. cit.*).

⁴⁶ Así lo señalan también ROEBER (*loc. cit.*, p. 154), ULMER (*op. cit.*, p. 106) y HUBMANN (*op. cit.* p. 20).

⁴⁷ Aun cuando con la promulgación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual se ha querido inaugurar un nuevo régimen, fruto de una concepción diferente del derecho que tiene por objeto la obra o creación intelectual, no se ha querido renunciar, por lo menos, a la fuerza expresiva del *nomen iuris propiedad intelectual*. *Vid.* así el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1987. Comisiones, n.º 128, de 12 de marzo. Discusión en la Comisión de Educación y Cultura del Dictamen, con competencia legislativa plena, del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, pp. 4805 y ss.: «Creemos que hay razones de principio, que no deben dejar de citarse, a favor de la suficiencia del concepto de propiedad intelectual para englobar toda la ley... También así damos satisfacción a la propia tradición, que desde hace más de un siglo se refiere a estos derechos como de propiedad intelectual,

dico español obliga a un examen, tanto del texto que la consagra por primera vez, la ya citada Ley sobre propiedad literaria de 1847, como del que ha estado vigente prácticamente hasta nuestros días, la Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879.

La asociación entre las dos leyes de propiedad intelectual del siglo pasado —por mucho que el redactor de la segunda, Manuel Danvila Collado, se distancie de la primera⁴⁸— es inevitable. En primer lugar, por las similitudes del momento de su promulgación. Ambas surgen durante paréntesis de relativa estabilidad política (Década moderada y Restauración, respectivamente), de gobiernos conservadores y están, además, muy próximas en el tiempo a las dos Constituciones —naturalmente conservadoras— de sus respectivos períodos: Constitución moderada de 1845 y Constitución de 1876. Ambas Constituciones ponen de relieve la continuidad esencial que existe entre la gran época moderada que llena el tercio intermedio del siglo XIX y la Restauración, continuidad que se aprecia en todos los órdenes, tanto en cuanto a las bases sociales y políticas del régimen —hegemonía burguesa—, como en cuanto a sus fundamentos ideológicos —liberalismo doctrinario y eclecticismo—⁴⁹.

Además, las preocupaciones de una y otra ley son comunes. Varía únicamente que el énfasis se sitúe en uno u otro punto. En concreto, mientras que para el legislador de 1879 la asimilación de la propiedad intelectual a la ordinaria —sobre todo en cuanto a la perpetuidad del derecho—⁵⁰ constituyó el caballo de batalla, el legislador de 1847 se mostró mucho más pragmático y expeditivo en este punto⁵¹: no fue entonces tan importante que el derecho sobre las «producciones del ingenio» fuese o no propiedad,

ya que aparece así en el Código civil y en la propia Constitución española, bien reciente» (Intervención del Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en defensa de la denominación del Proyecto y en contra de las enmiendas n.º 130 (del PDP) y 307 (de Minoría Catalana), que proponían la modificación de dicha denominación y que fueron rechazadas. *Id.* Diario, pp. 4807-4809).

⁴⁸ DANVILA COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, pp. 22-27; p. 338: «La definición que de aquella propiedad hizo la Ley de 1847 era imperfecta, pues ni se indicaba que el derecho que de ella nacía era limitado, ni el derecho de reproducción y el único que por dicha propiedad se adquiere.»

⁴⁹ UBIETO, Antonio, REGLA, Juan, JOVER, José M.ª, *Introducción a la Historia de España*, Barcelona 1963 (1.ª ed.), p. 591.

⁵⁰ *Vid.* el Dictamen de la Comisión del Congreso al Congreso sobre la Proposición inicial de la futura Ley de 1879 (Diario de sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al no. 49, de 4 de enero): «La comisión... coincidió unánime en proclamar como "desideratum"... la perpetuidad de la propiedad de los productos de la inteligencia... los Sres. Ministros de Fomento y Gracia y Justicia... se opusieron... Entre ambos extremos, creyeron los que suscriben... podían aceptar una existencia temporal para la propiedad intelectual, por tiempo tal que representase un verdadero progreso y una prudente transacción...»

⁵¹ «Los moderados, sempiternamente pragmáticos, atacaban por el lado opuesto al de los principios: por el de las aplicaciones» (*vid.* COMELLAS GARCÍA LLERA, José Luis, *Los moderados en el poder. 1844-1854*, C.S.I.C., Madrid, 1970, p. 196).

como que, en tanto que derecho exclusivo⁵², admitiese ser regulado por medios análogos al derecho de propiedad sobre las cosas materiales.

SEGUNDA PARTE

LA LEY SOBRE PROPIEDAD LITERARIA DE 10 DE JUNIO DE 1847

I. SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS

Paralelamente a lo expuesto en el capítulo anterior, la consagración en el ordenamiento jurídico español del derecho de «propiedad literaria»⁵³ se inscribe también en el período (o, en nuestro ámbito, mejor, los períodos) de tránsito del Estado absoluto al Estado de Derecho. En congruencia con ello, dicho reconocimiento, además de tardío (en relación al resto de Europa), está sometido a altibajos, representados por los textos legales a que a continuación nos referimos.

Constituyen los hitos legislativos fundamentales de esta fase de la legislación española el Decreto n.º 265 de las Cortes de Cádiz, de 10 de junio de 1813, regulador de las «Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras» y la Ley de 5 de agosto de 1823, firmada por José M.^a Calatrava⁵⁴, sobre propiedad de obras literarias.

Tuvieron estas disposiciones una vigencia temporal tan escasa como los dos períodos constitucionales (1810-1814; 1820-1823) de los que emanan, en el contexto general de la primera mitad del siglo XIX en España.

Pueden ser calificadas ya ambas de leyes de carácter civil —y no de leyes administrativas, como las de la etapa anterior de los privilegios de imprenta— en tanto se ocupan de los derechos de los autores *per se* y al referirse a ellos sustituyen el término «privilegio» por el de «propiedad»⁵⁵. Al igual que se hizo en otros

⁵² GUTIÉRREZ, Benito, op. cit., p. 466: «... Se deduce del concepto de propiedad: ésta es una palabra exclusiva cuya función es apartar de la comunidad ciertas cosas para hacerlas individuales.»

⁵³ «La propiedad literaria que, como tantos otros derechos, comenzó a aparecer bajo forma de privilegio con grandes restricciones, ha de acabar su progresión histórica y racional, estableciéndose con las mismas condiciones jurídicas que la propiedad material» (VICENTE Y CARAVANTES, José, «Exposición y examen de nuestras leyes y tratados sobre la propiedad literaria», en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, año 1876, n.º 49, p. 43).

⁵⁴ En calidad de Secretario del Despacho de Gracia y Justicia.

⁵⁵ Resulta, sin embargo, significativo, en tanto concuerda con la inseguridad que

ámbitos, esas dos leyes se propusieron trasplantar al Estado español en materia de derecho de autor los logros de la Revolución francesa⁵⁶. Por eso, se refieren ambas al derecho de imprimir en exclusiva determinados escritos —que es lo que en definitiva regulan— como «propiedad de los autores» sobre sus obras⁵⁷.

Entre uno y otro texto, se detectan, no obstante, diferencias de matiz. El término «propiedad» se utiliza en el Decreto de Cádiz más con ánimo retórico que por convicción⁵⁸, mientras que en la Ley de 1823 parece más arraigada la creencia en un derecho de

caracteriza a las convicciones en tales períodos, que tanto el Decreto n.º 265 de 1813 como la «Ley Calatrava» de 1823 se vinculan en su gestación a sendas regulaciones de imprenta dictadas en tales intervalos de gobierno liberal. Así sobre todo el Decreto de 1813, que formaba originariamente parte del Decreto n.º 263 de las Cortes de Cádiz, «de adiciones a la Ley de libertad de Imprenta», de la que acabó siendo desajado para ser promulgado finalmente como texto independiente. Como documentación de este hecho, *vid.* el Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, Legislatura de 24 de septiembre de 1810 a 20 de septiembre de 1813, Diario n.º 874, de 5 de junio de 1813, p. 5426, donde en base al Dictamen de la «comisión de Libertad de imprenta» (*sic*) se acuerda que «los cinco artículos que hablan de la propiedad que tienen los autores sobre sus escritos... no debían incluirse en el reglamento de libertad de imprenta [que es el Decreto n.º 263 de las Cortes de Cádiz], sino en un decreto separado». Por su parte, la redacción de la «Ley Calatrava» fue asimismo auspiciada por una comisión de Libertad de imprenta (*vid.* así la «Gaceta Española», de jueves 22 de mayo de 1823, que recoge el Diario de las Sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, sesión del día 21 de mayo, pp. 147-148).

⁵⁶ G. QUIJANO (*vid.* sus «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales», cit. en nuestra Bibl.) se refiere para este período a «... el gran cambio producido por las ideas de la Revolución francesa, que relegan el Derecho del "antiguo régimen" a un segundo plano» (loc. cit., p. 466). Y añade: «El individualismo exaltando a un sujeto con su esfera intangible plétórica de derechos de todas clases; el liberalismo constriñendo la actividad del Estado en una maraña de leyes y códigos y, finalmente, el Estado de derecho confiando a las definiciones textuales y a la codificación las bases sobre que se asienta la vida jurídica, son todavía las inspiraciones que determinaron la mayor parte de nuestras normas vigentes» (*id.* loc. y p. cit.).

⁵⁷ Como síntoma del «afrancesamiento» de la Ley Calatrava, obsérvese el uso que hace su art. 8.º del galicismo «contrafactor», para designar a «El que usurpare la propiedad de una obra... Los ejemplares que se hallasen existentes de la pertenencia del contrafactor se adjudicarán también al propietario».

⁵⁸ Nos ceñimos a las consideraciones con que el conde de TORENO,* Ponente de la citada comisión de Libertad de imprenta, se refirió a la indicada «propiedad», durante la discusión del Decreto de Cádiz de 1813: «Para mí, las literarias más que una propiedad, son un privilegio que se concede con el laudable objeto de fomentar la ilustración» (*vid.* el ya citado Diario de Sesiones de las Cortes de Cádiz de 1813, n.º 839, de 1.º de mayo, p. 5150).

* El conde de TORENO es uno de los prohombres del liberalismo exaltado de esta primera época. Sobre las distintas tendencias dentro del movimiento liberal español y la progresiva transformación de algunos de sus representantes, entre ellos el propio conde de TORENO, en «moderados», *vid.* COMELLAS, *Los moderados en el poder. 1844-1854*, p. 143.

Curiosamente, un descendiente suyo, C. Francisco QUEIPO DE LLANO, también conde de TORENO, es quien durante la Restauración se encargará, como Ministro de Fomento, de presentar al Congreso la futura Ley de propiedad intelectual de 1879.

propiedad del autor (*vid.* su art. 1.º *in fine*: «Los autores, traductores... son propietarios de las producciones de su ingenio y pueden disponer de ellas del mismo modo que de los demás bienes»; *vid.* también sus arts. 6, 7, 10 y 15)⁵⁹. La mejor prueba de ello sería que en la «Ley Calatrava» se regula esa «propiedad del autor»⁶⁰ sin someterla a un límite de tiempo⁶¹.

La serie de los precedentes de la Ley de 1847 se cierra con el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1834, promulgado bajo el gobierno de la Regente María Cristina. El citado texto está en consonancia con la ambigüedad que caracteriza, en lo político, a ese período⁶². Las rúbricas que llevan los títulos del citado Reglamento reflejan significativamente la caracterización que asignamos a esta fase: Tít. I, «De la impresión de libros exentos de licencia o sujetos a ella»; Tít. II, «De los censores y censura»; Tít. III, «De las obligaciones de los autores, impresores y grabadores, y de su responsabilidad»; Tít. IV, «De la propiedad y privilegios de los autores y traductores»; Tít. V, «De la introducción de libros y revisores de éstos»; Tít. VI, «Del gobierno y administración de este ramo de imprentas».

Es decir, si, por un lado, pretende tal Reglamento restaurar el antiguo sistema de privilegios o licencias de imprenta, regulando con ese motivo, además, lo relativo a la censura de obras, es ya muy difícil cerrar el paso al nuevo orden que representa la llamada «propiedad del autor», entrevisto a través de la episódica vigencia

⁵⁹ Los citados preceptos extraen consecuencias concretas del principio así enunciado en el art. 1.º Los arts. 6.º y 7.º se refieren al «desamparo» o «abandono de la propiedad de la obra por su propietario» y los arts. 10 y 15 califican las infracciones de este derecho como «usurpaciones de la propiedad» (*vid.* el art. 15: «Siendo en todos los casos expresados la usurpación de la propiedad un crimen de hurto...»).

⁶⁰ *Vid.* también en la «Gaceta Española» de 21 de julio de 1823, p. 349, la sesión de Cortes del día 20 de julio de 1823: «El Sr. Salvá, como individuo de la comisión, apoyó el dictamen de ésta, manifestando que la comisión reconocía el derecho de propiedad en cuanto a las obras literarias, del mismo modo que lo reconocería respecto de cualquiera otra propiedad.»

Piénsese, además, que en el trienio constitucional al que corresponde este texto legal sobre propiedad literaria se inscribe el Proyecto de Código civil de 1821, cuyo art. 42 definía el derecho de propiedad como «derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal...» (*vid.* LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación civil*, tomo 4, volumen II, pp. 8 y siguientes).

⁶¹ Sin embargo, a decir verdad, el Proyecto inicial de Ley de 1823 —y lo hacemos constar como muestra también de la ya aludida inseguridad de las convicciones en estos lapsos constitucionales— *si* había previsto inicialmente un plazo de duración al derecho de propiedad sobre las obras literarias. *Vid.* así el art. 1.º del Proyecto inicial: «Los autores, traductores, comentadores o anotadores de cualquier escrito, son dueños propietarios de las producciones de su ingenio durante su vida y veinte años después de ella lo serán también sus herederos...» El Proyecto de Ley de 1823 se reproduce también en la «Gaceta Española» de 13 de julio de 1823, que da cuenta de la sesión de Cortes del 12 del mismo mes y año (*vid.* sus pp. 325 a 327).

⁶² Piénsese en el intento de frenar y, a la vez, contentar a los liberales exaltados que representa el Estatuto Real de 1834.

de los textos de 1813 y 1823. De ahí, el intento conciliador de ambos sistemas que representa la rúbrica de su Título IV: «De la propiedad y privilegios de los autores y traductores»; los preceptos incluidos en ese Título recogían, además, sustancialmente el contenido de los preceptos del Decreto de Cádiz ⁶³.

II. CONTEXTO Y PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA LEY DE 1847

La incorporación definitiva del derecho de autor al Derecho privado, operada mediante la Ley de 1847, coincide con los inicios del proceso codificador en España.

La Ley de 1847 se inscribe en la fase inicial de la hegemonía del Partido moderado (1844-1854), etapa de prosperidad en lo económico ⁶⁴ y todavía de cierta tibieza en lo político ⁶⁵, antes de la asunción de poderes casi dictatoriales por Narvaez a partir de 1848, como reacción al ciclo revolucionario europeo.

En este paréntesis de estabilidad, había sido creada también, por Decreto de 19 de agosto de 1843, la Comisión General de Codificación, cuya Sección civil tuvo tiempo —antes de ser suprimida la Comisión por Decreto de 31 de julio de 1846— de elaborar cincuenta y tres Bases del Código civil ⁶⁶ y los tres Libros de la redacción inicial del futuro Proyecto de 1851.

A nuestros efectos, interesan la Base 25 («La propiedad artística e industrial se regirá por leyes especiales») y el Libro II («De la propiedad y de los diversos modos de adquirirla»), elevado al ministro de Gracia y Justicia por Juan Bravo Murillo, Presidente de la Comisión, el 18 de enero de 1847. Si bien no consta nominalmente el autor de dicho libro, se sabe casi con absoluta certeza ⁶⁷ que fue obra del jurista Tomás M.^a de Vizmanos ⁶⁸.

⁶³ Lo pone de relieve PÉREZ CUESTA, loc. cit., p. 342.

⁶⁴ El año de 1846 —que ha sido incluso calificado de año de verdadero apogeo en la historia económica del siglo (vid. COMELLAS GARCÍA LLERA, José Luis, *Los moderados en el poder. 1844-1854*, C.S.I.C., Madrid 1970)— inicia un período claro de expansión económica, al que no fueron ajenos la reforma tributaria llevada a cabo por Alejandro MON en 1845 y la estabilidad política del momento.

⁶⁵ La oposición había quedado prácticamente neutralizada. Los frecuentes cambios de gobierno se debían simplemente a disensiones dentro del propio partido moderado (vid. a este respecto COMELLAS, op. cit., p. 114).

⁶⁶ Fueron dichas Bases aprobadas por la Comisión General de Codificación y elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844.

⁶⁷ Justificado en LASSO GAITE, Juan Francisco., *Crónica de la Codificación española*, tomo 4, vol. I, p. 188.

⁶⁸ VIZMANOS fue el artífice, junto con José AYUSO y Eugenio de TAPIA, del Proyecto de Código civil de 1836.

No se había ocupado dicho Proyecto de la «propiedad literaria»: la obra intelectual no estaba contemplada entre las «clases de bienes» del Título Primero, Libro II,

La influencia del Código civil francés —reconocida por Vizmanos— es muy acusada en este Libro. Y, sin embargo, no está en el modelo francés (Título II del Libro II del Código civil francés: «De la propriété») la referencia del capítulo I a «las producciones del talento y del ingenio» («Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de su autor, y se regirán por leyes especiales.»), referencia que constituirá el contenido del art. 393 del futuro Proyecto de 1851.

Si se encuentra, en cambio, dicha referencia en otro código europeo redactado también a partir del napoleónico, el Código civil sardo de 1837 («Codice civile per gli Stati del Re di Sardegna»), cuyo art. 440 establecía: «Le produzioni dell'ingegno umano sonno proprietà dei loro autori, sotto l'osservanza delle leggi e dei regolamenti che vi sonno relativi.» No es difícil suponer que sea éste el modelo, tanto de la referencia de ese Libro II redactado por Vizmanos, como del art. 393 del futuro Proyecto de 1851.

A partir de estas coordenadas (Base 25 y Libro II del futuro Proyecto de 1851), fue elaborada y promulgada la Ley sobre propiedad literaria de 10 de junio de 1847. La Ley no engendró prácticamente debate parlamentario, ni del poco que hubo resultaron modificaciones sustanciales respecto al Proyecto inicial, presentado por el Gobierno al Senado. Su discusión efectiva se redujo a tres sesiones en el Senado⁶⁹ y una en el Congreso⁷⁰.

Ni en la discusión parlamentaria ni en las escasas aportaciones doctrinales que existen sobre este texto legal encontramos indicios que apunten a influencias exteriores bien definidas. Aun así, sus preocupaciones, los problemas que se plantean al discutirla y los argumentos que se traen a colación producen una sensación de «déjà vu» (o, mejor, de «déjà ouï»), en cuanto evocan la gestación en el resto de Europa y, sobre todo, en Francia de las normas básicas de la propiedad literaria.

III. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE 1847

Es ésta de 1847 la primera ley que, con carácter sistemático y específico, se ocupa de la propiedad intelectual en España.

ni existía tampoco la menor referencia al derecho sobre ella en el Título II del mismo Libro, regulador «Del derecho de propiedad y de los modos de adquirirla».

⁶⁹ 10, 11 y 12 de marzo de 1847 (Diario de Sesiones del Senado de 1847, núms. 23, 24 y 25).

⁷⁰ Sesión de 17 de abril de 1847 (Diario de Sesiones del Congreso de 1847, n.º 77).

Fue promulgada con el propósito de establecer una legislación sustantiva destinada a sustituir el antiguo sistema de los privilegios de imprenta⁷¹. Representa una regulación de la materia que ya es propiamente civil, por contraposición a esa fase inicial que calificábamos de fase administrativa, dado que la regulación de los privilegios se insertaba en un contexto más amplio de normas relativas a la censura y disciplina de imprenta.

La expresión «propiedad literaria» con que la Ley de 1847 designa el objeto de su regulación es de influencia francesa; está tomada de los Decretos revolucionarios de 1791 y 1793 a que antes se ha aludido. En este momento —paralelamente a lo expuesto en relación al desarrollo europeo del derecho de autor—, la expresión «propiedad» no se utiliza todavía con carácter técnico. Para el legislador de 1847, no es demasiado importante que el derecho del autor sobre su obra sea o no un verdadero derecho de propiedad, sino que lo único importante es que el derecho del autor, en tanto que derecho exclusivo sobre un objeto, admita ser regulado por medios análogos al derecho de propiedad: «... y si la Comisión la titula así [“propiedad literaria”] es porque no encuentra otro modo de expresar esta idea [derecho sobre las obras del ingenio], y porque no ha creído conveniente variar el lenguaje adoptado en este punto en toda Europa»⁷².

Como el legislador de 1847 no se hace excesivas preguntas sobre la naturaleza jurídica de la institución, tampoco en el ámbito español se discutió excesivamente el hecho de que, por una parte, se llamase «propiedad» al derecho del autor, pero, por otra parte,

⁷¹ *Vid.* así la presentación al Senado del Proyecto de Ley de 1847, por el Ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, Mariano Roca de Togores: «Hasta estos últimos tiempos se consideró el derecho de imprimir las obras como un nuevo privilegio... El principio fundamental de esta materia es el derecho de propiedad... De este principio ha partido el Gobierno en las principales disposiciones del adjunto proyecto de ley...» (Diario de Sesiones del Senado de 1847, apéndice al n.º 17, de 20 de febrero).

⁷² Se recoge la intervención ante el Senado del marqués de Falces, miembro de la Comisión encargada por dicha Cámara de dictaminar el Proyecto de Ley (*vid.* el Diario de Sesiones del Senado de 1847, n.º 23, de 10 de marzo).

Vid. también (*id.* Diario) la intervención de Florencio García Goyena, miembro asimismo de la citada Comisión: «La propiedad literaria, señores, es una... creación del legislador fundada en motivos de justicia respecto al autor y en motivos de conveniencia respecto del público.»

Sobre el valor meramente convencional del término «propiedad» aplicado a las obras del ingenio, *vid.* asimismo la doctrina española relativa a la Ley de 1847. Así GUTIÉRREZ, Benito, *op. cit.*, p. 467: «... La ley necesitaba resolver este problema y ha preferido como el medio más a propósito, declarar al autor dueño exclusivo...»; y GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España*. 11.ª ed., corregida y aumentada por Juan Manuel MONTALBÁN, Madrid, 1874, tomo I, p. 733: «De aquí dimana que en todas partes se vaya desenvolviendo el principio de protección a la propiedad intelectual por medios análogos a los que se emplean para la defensa del dominio de las cosas materiales.»

se reconociese el derecho al autor y a sus herederos sólo por tiempo limitado —durante la vida del autor y cincuenta años más (art. 2) ⁷³, pasados los cuales la obra entraba en el dominio público y podía ser utilizada por cualquiera—, en contraste con el derecho de propiedad ordinaria sobre bienes materiales, que, por definición, es de carácter perpetuo.

En éste y en otros puntos, se demuestra que la Ley de 1847 no está todavía lejos del régimen de los privilegios, que, sobre todo al principio, se concedían también por tiempo limitado. Aunque no se puede decir que sea una ley autárquica, pues su preocupación por proteger al autor, reconociéndole un derecho sobre los frutos de su trabajo y el hecho de llamar «propiedad» a ese derecho obedece a influencias exteriores ⁷⁴ —y, más en concreto, francesas— a la hora de dar respuesta a esas preocupaciones sigue su propio camino y recurre a disposiciones del Derecho histórico español de la etapa de los privilegios. Lo que intenta es sistematizarlas y reunir las en un cuerpo legal que se ocupe sólo de lo relativo a la propiedad del autor; es decir, pretende dotar al derecho de autor de una sede específica, dentro del Derecho privado, además.

Algunos de los rasgos más sobresalientes de este texto de 1847 demuestran ese doble carácter que le estamos asignando, de ley que, no obstante conservar reminiscencias de la etapa de los privilegios, representa ya una regulación moderna del derecho de autor.

Así, desde el punto de vista del objeto protegido, no consigue todavía desvincular plenamente el derecho sobre la obra del derecho (de propiedad ordinaria) que recae sobre el objeto físico portador de dicha obra ⁷⁵. Es por ello que, al igual que los antiguos privilegios de imprenta, en realidad sólo protege plenamente a la obra escrita (art. 1) y, además, a la obra escrita en forma de libro. Así, aunque mencione entre las obras protegidas a las obras orales

⁷³ Vid. GUTIÉRREZ, op. cit., comentario del art. 2.º de la Ley, p. 477.

⁷⁴ *Id.* discurso de presentación del Proyecto de Ley por Roca de Togores: «Si hay una propiedad respetable y sagrada, ninguna lo es más que la que aquellos [los autores] tienen sobre sus obras; en ellas han empleado su tiempo, sus afanes... y hasta puede decirse que los frutos de su entendimiento son como una emanación de ellos mismos, una parte de su propio ser. Nada por lo tanto más justo que el que las leyes amparen esta propiedad, igualmente que a cualquiera otra... impidiendo que se usurpe malamente a impulso del interés el fruto del ajeno trabajo...» (*id.* Diario del Senado antes citado).

Fácilmente se verá que no sólo el tono declamatorio, sino incluso los términos concretos del discurso del Ministro español son iguales a los del ya transcrito discurso de LE CHAPÉLIER de presentación del Decreto francés de 1791 (*vid. supra* notas del epígrafe «La noción de «propiedad del autor» en textos de Derecho positivo...»).

⁷⁵ Recuérdesse que habíamos indicado en el capítulo anterior que en la etapa de los privilegios el objeto protegido era antes el producto de la imprenta que la obra, del espíritu.

(art. 3,2.º: «... sermones, alegatos, lecciones u otros discursos pronunciados en público...»), el derecho que confiere la Ley de 1847 sobre las mismas estará supeditado, al menos en cuanto a su duración, a que éstas queden asentadas en un tomo o volumen, que la Ley llama «colección» (arts. 3,3.º y 4,1.º) Y sólo, en definitiva, por falta de abstracción respecto a un objeto material, se explica también que el derecho de reproducción de la obra plástica se asigne, no a su autor, sino al adquirente de su soporte original y que la mera posesión o tenencia material de un manuscrito constituyese título suficiente para adquirir el derecho a imprimirlo en exclusiva (*vid.* su art. 6.º). Todo ello significa que las posibilidades de actuación sobre la obra se presentan todavía hasta cierto punto como emanación del derecho de propiedad sobre el objeto que la representa.

También puede considerarse una reminiscencia de la época de los privilegios el hecho de que para gozar de los beneficios de la Ley se exija al autor que deposite su obra ante la autoridad administrativa. Nos referimos a la «obligación» («rectius», carga) de depósito de la obra que impone el art. 13 de la Ley. En la época de los privilegios, dicha obligación se imponía a quien quisiera imprimir una obra, para proceder a la censura de la misma. La Ley del 47 no aclara con qué finalidad exige el depósito, pero en la discusión parlamentaria se arguyó como pretexto que ello se establecía para mayor garantía de los autores⁷⁶.

Desde el punto de vista de los derechos que corresponden al autor, esta Ley sí supone un cierto avance. En primer lugar, porque, aunque subsista el carácter temporalmente limitado del disfrute, hay una ampliación considerable del plazo, de unos diez años, como máximo, durante la época de los privilegios o etapa administrativa de la institución, a toda la vida del autor más cincuenta años en la Ley del 47 (art. 2.º).

Otro aspecto en que se supera el régimen anterior es la ampliación del contenido del derecho que se reconoce a los autores. Aunque la «propiedad literaria» siga siendo sinónima del derecho exclusivo a imprimir la propia obra (*vid.* el art. 1.º Ley de 1847), el legislador del 47 fue consciente de que con eso sólo los autores no quedaban suficientemente protegidos.

⁷⁶ El debate de la Ley de 1847 en el Senado hace pensar que, en realidad, propiedad literaria y libertad de imprenta eran cuestiones todavía no perfectamente delimitadas en aquel entonces. Ésa es la impresión que producen, durante la discusión del art. 19 (Diario de Sesiones del Senado de 1847, no. 25, de 12 de febrero), las palabras de un miembro de la Comisión: «... se me podrá decir que los delitos de imprenta no son lo mismo... pero en la ley de imprenta del año 34 [se refiere al ya citado Reglamento de 1834]... se hacía una mezcla más o menos oportuna de todos los delitos de imprenta, bien fuesen de los que perjudicaban al orden público, bien fuese solamente a los particulares considerándolos como propietarios de alguna obra.»

En efecto, durante la etapa anterior, el autor podía oponerse a que sujetos no autorizados por él imprimiesen su obra; pero lo que quedaba fuera de su alcance era impedir, si se trataba de una obra dramática o musical, que su obra fuese representada en público sin su consentimiento. El legislador de entonces se resistió a proteger a los autores en este aspecto, pues consideraba el teatro como un arte de baja estofa y de carácter poco edificante. El legislador de 1847, libre ya de tales prejuicios, se decide a reconocer a los autores de obras dramáticas y musicales el derecho a no dejar representar sus obras o a decidir quién ha de representarlas durante veinticinco años ⁷⁷.

El reconocimiento de ambos derechos, el de imprimir en exclusiva, que se predica de todas las clases de obras protegidas en la Ley, y el de representar en exclusiva, predicado como peculiaridad de las obras dramáticas y musicales, determina la propia sistemática de la Ley de 1847 y, en concreto, la distribución de sus preceptos en dos Títulos: el Título Primero, consagrado en general a los «derechos de los autores», y el Título Segundo, que se ocupa en particular «de las obras dramáticas». La Ley se completa, además, con un Título Tercero que se ocupa «de las penas» que corresponden por la infracción de los derechos en ella reconocidos ⁷⁸.

Si destacamos este dato formal de la sistemática de la Ley de 1847, es porque la misma se mantendrá a grandes rasgos en el texto legal que tomará el relevo de la Ley de 1847: la Ley de propiedad intelectual de 1879. No es éste el único rasgo común que existe entre nuestras dos anteriores Leyes de propiedad intelectual, a pesar de que una y otra se inscriben en diferentes etapas del pensamiento jurídico en torno al derecho de autor.

⁷⁷ «Con el mismo espíritu y con iguales miras se ha procedido en el Título II, insertando algunas disposiciones particulares concernientes a las composiciones dramáticas o musicales, no cuando se publican por medio de la imprenta, del grabado u otro semejante, en cuyo caso entran en la clase de las demás y quedan sujetas á sus disposiciones generales, sino cuando tienen un modo propio y peculiar de darse al público por medio de la representación en el teatro. Entonces constituyen una especie aparte que exige sus reglas propias, y el Gobierno no ha podido dejar de proponer que se ampare el derecho de propiedad de los autores o de sus herederos y derechohabientes en sus respectivos casos para que no se vean defraudados de compartir á lo menos los beneficios de una empresa en que la parte principal es suya» (así en el citado discurso de presentación del Proyecto de Ley; *vid.* Diario citado).

⁷⁸ *Vid.* GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 474; pp. 490 y ss.

TERCERA PARTE:

LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879

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

En la etapa anterior del pensamiento jurídico, a la que podemos adscribir la Ley de 1847, se había recurrido al concepto —o, mejor, la imagen— de la propiedad con fines polémicos y políticos: se pretendió reconocer al creador de una obra intelectual un derecho de señorío sobre ésta, distanciándose de la idea de privilegio; la noción de «propiedad del autor» estuvo entonces desprovista de todo rigor y significado técnico⁷⁹. Una vez la misma hubo servido a la finalidad perseguida⁸⁰, es decir, una vez el derecho se encuentra ya establecido e implantado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, entramos en una fase en la que se intenta determinar la naturaleza y el lugar que corresponde a ese derecho subjetivo dentro del Derecho privado⁸¹.

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

De manera quizá excesivamente lineal, aunque esclarecedora, podemos establecer que, frente a los sistemas jurídicos de los países románicos (Francia⁸², Portugal y España⁸³)⁸⁴ y los de su área

⁷⁹ Refiriéndose a la concepción del derecho de autor imperante a finales del siglo XVIII, señala von GIERKE: «Zum Theil verstand sie unter Eigenthum nur die irgend einem Rechte entsprechende volle Herrschaftsmacht,... jedoch vom Urheberrechte nichts weiter aussagte, als daß es eben ein gutes und volles Recht sei» (*vid.* von GIERKE, Otto, *Deutsches Privatrecht*, I. Band, München und Leipzig 1936, p. 760).

⁸⁰ «... la propiedad literaria no se discute ya en ninguna parte, y por esta razón el Congreso sólo tenía que ocuparse de las reformas de que son susceptibles en este punto las legislaciones» (*vid.* la crónica del Congreso de la «Asociación Literaria y Artística Internacional», celebrado en Madrid en 1887, en MALUQUER Y SALVADOR, José, *RGLJ 1887*, tomo 71, pp. 495 y ss. y 626 y ss.; 1888, tomo 72, pp. 57 y ss.).

⁸¹ «Mit Hilfe der Idee vom geistigen Eigentum hatte das subjektive Recht des Urhebers seine positivrechtliche Anerkennung gefunden. Es war zur Gesetzesnorm geworden. Nunmehr handelte es sich um den Ausbau der Rechte des Urhebers... » (así ROEBER, «Urheberrecht oder Geistiges Eigentum...» cit., p. 154).

⁸² A señalar que, en el caso particular de Francia, el desarrollo de la institución es antes jurisprudencial que legislativo. La Ley de 1793 siguió siendo la ley orgánica

de influencia, como México⁸⁵, por ejemplo, que optan decididamente por ahondar en el concepto de propiedad, entendiendo que éste es lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida a las especialidades de la propiedad literaria, Alemania abandona antes la construcción de la «geistiges Eigentum»⁸⁶, saliendo su doctrina especializada a la búsqueda de nuevas fórmulas en el encuadramiento y definición del derecho de autor («Urheberrecht»)⁸⁷.

A su vez, en el propio seno de la doctrina alemana o de influencia germánica, quedan perfiladas dos tendencias⁸⁸. Por una

sobre la materia hasta mediados del siglo XX (*vid.* art. 77 de la «Loi n.º 57-298 sur la propriété littéraire et artistique», de 11 de marzo de 1957, que la deroga expresamente) y todas las leyes que hasta entonces se sucedieron tuvieron únicamente por objeto ampliar el plazo de protección otorgado por aquélla.

⁸³ *Vid.* el Preámbulo de la Proposición de Ley (la futura Ley de 1879) presentada al Congreso español en 1876: «Es indudable, pues, que la propiedad intelectual es una propiedad de orden común, y que para vivir no necesita otra cosa que el régimen de la ley general, por lo que es fácil comprender, que su constitución debe ser objeto de dicha ley y de una reglamentación que determine los medios prácticos de ejecutarla.» (Diario de Sesiones del Congreso de 1876, n.º 116, de 6 de noviembre).

⁸⁴ No así Italia. En este período, el legislador italiano intenta obviar cualquier toma de posición en torno a la naturaleza del derecho. «E perciò appunto esso formò presso tutt'i popoli civili la materia di quella che alcuni dissero facoltà di copia, ed altri diritto di proprietà letteraria o artistica, e che noi, per evitare vane dispute di parole, *non abbiamo voluto nè definire nè nominare*»* (así se pronunció Antonio SCIALOJA, relator de la Ley italiana de 25 de junio de 1865 («Legge sui diritti spettanti agli autore delle opere dell'ingegno»). *Vid.* «Leggi e decreti sui diritti degli autori delle opere dell'ingegno», publicadas por el «Ministero di agricoltura, industria e commercio. Ufficio della proprietà intellettuale», Roma, 1914).

Confirman tal indefinición en este período en el ámbito italiano STOLFI, *op. cit.*, p. 161; y ROEBER, *loc. cit.*, p. 156.

* La cursiva es mía.

⁸⁵ El Código civil mexicano de 1871 había reconocido incluso carácter perpetuo al derecho de propiedad literaria (*vid.* sus arts. 1.245 y ss.).

⁸⁶ La expresión «geistiges Eigentum» se utiliza por última vez para designar los derechos de autor en un texto legal en la «Verfassung des Norddeutschen Bundes» de 1867, art. 4, Nr. 6 —que menciona a la propiedad intelectual entre las competencias que la Confederación se reserva frente a los Estados federados—, que pasaría a ser «Reichsverfassung» en 1871, a raíz del proceso de unificación alemana. Las leyes prusianas sobre la materia de 1870 y 1876 —que, en virtud del mismo proceso, se convertirían también en «Reichsgesetze»— se titulan ya «Urheberrechtsgesetze».

⁸⁷ La división internacional que acabamos de trazar se puso incluso de relieve durante la Conferencia de Berna de 1885, de la que saldría la Convención de 9 de septiembre de 1886: mientras los delegados franceses proponían que dicha Convención se designase «Convención para la protección de la propiedad literaria y artística», los delegados alemanes eran partidarios de la denominación «Urheberrechte», salvándose finalmente dichas discrepancias mediante la fórmula que sigue sirviendo de denominación a la Convención y a la Unión Internacional creada también a raíz de dicha Conferencia: «Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.»

⁸⁸ Dejando aparte a quienes, como GERBER, niegan el derecho de autor; para él, el derecho de autor no constituye siquiera un derecho subjetivo, sino tan sólo el reflejo de una prohibición legal: «... sie gehört in die weite Classe der Handlungen

parte, la de quienes asumen una explicación exclusivamente patrimonialista del derecho de autor⁸⁹; y, por otra, la de quienes, por el contrario, estructuran el derecho de autor en su conjunto en torno a un derecho de la personalidad⁹⁰.

Queda así inaugurada la contraposición, clásica para la institución, entre tesis «monistas» y «dualistas»⁹¹.

der sogenannten natürlichen Freiheit, welche man nicht ohne die Gefahr des Vorwurfs der Pedanterie als Rechte darstellen wird» (*Vid.* GERBER, C.F. von, «Über die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers», en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 3. Band, Jena, 1859, pp. 359 y ss.). Refiriéndose a la tesis de GERBER, dirá lapidariamente von GIERKE: «In Wahrheit ist eine derartige Konstruktion überhaupt keine Konstruktion, sondern eine Insolvenzerklärung der Privatrechtsjurisprudenz» (op. cit., p. 757). *Vid.* por todas la acerada crítica a la construcción de GERBER en KOHLER, Josef, «Das Autorrecht», separata de *Iherings Jahrbücher* XVIII Band, Jena, 1880, pp. 5; 57 y ss.

⁸⁹ Por orden cronológico, Oskar WÄCHTER, R. KLOSTERMANN, Josef KOHLER (*vid.* obras citadas en la Bibl. general). No se trata tanto de que dichos autores nieguen la existencia de otro tipo de intereses del autor de una obra intelectual, como de que entiendan que su consideración escapa a lo que constituye el contenido propio y específico de la «geistiges Eigentum»: «Denn eine Kränkung dieser Art ist ganz unabhängig von den Voraussetzungen des geistigen Eigentumes. Der Verfasser kann den Schutz der verletzten Persönlichkeit in jedem Falle anrufen, auch wenn er das Recht der ausschliesslichen Vervielfältigung gar nicht erworben, oder bereits wieder veräussert hat.» (*vid.* KLOSTERMANN op. cit., p. 125). Esos otros intereses, se dirá, atañen, en definitiva, al derecho general de la personalidad, sin ser específicos del autor.

⁹⁰ Por orden de importancia, Otto von GIERKE en primer lugar (*vid.* op. cit.), puesto que fue él quien dio una formulación general a dicha tesis; y también autores como Georg BESELER*, Johann Caspar BLUNTSCHLI**, Felix DAHN*** y Hermann ORTLOFF****, incluso con el apoyo de filósofos del Derecho como Heinrich AHRENS. Los representantes de esta tendencia se remontan, como precursores de la misma, (*vid.* GIERKE, op. cit., p. 764; DAHN, F., *Deutsches Privatrecht. Grundriss*, Leipzig, 1878, I, p. 45.) a dos textos de Immanuel KANT: uno de ellos en la primera parte de la *Metaphysik der Sitten* —«Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre»—, donde KANT califica el derecho sobre un escrito como «ein auf dingliche Art persönliches Recht» (*vid.* KANT's Werke, Berlin, 1907, Band VI, p. 289); y un artículo aislado de 1785, donde había aparecido por primera vez dicha construcción («Über die Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», *Berlinische Monatsschrift*, 5. Band [Januar bis Junius 1785], pp. 403-417; el artículo aparece también recopilado en *KANT's Werke*, Band VIII, pp. 79 y ss.).

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

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

*** Felix DAHN, discípulo de BLUNTSCHLI.

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

⁹¹ Con la configuración de las dos tendencias expuestas en texto, queda abierta la histórica brecha entre tesis dualistas y monistas, debate que parece haber quedado

Por no ser sincrónicos, como ya ha quedado apuntado, los hitos de la evolución conceptual del derecho de autor, sólo con posterioridad, esta contraposición entre ambas posiciones irá propagándose a los demás países⁹².

La incidencia en Derecho español de dicha polémica será prácticamente nula, dado que la legislación y doctrina españolas son de las que con más convicción y persistencia profesan la construcción de los derechos de autor como derecho de propiedad⁹³, si bien de carácter especial. Sólo bien entrado el siglo XX, autores muy concretos, como Nicolás Pérez Serrano⁹⁴, Federico de Castro y Bravo y José Castán Tobeñas⁹⁵, podrían adscribirse a la corriente dualista⁹⁶.

Ha parecido, pues, que tanto la falta de reflejo de ese debate teórico en nuestros textos legales, como lo tardío de dichas preocupaciones en nuestro ámbito eximen de cualquier estudio parti-

saldado en la actualidad a favor del monismo (*vid.* ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin/Heidelberg 1980, p. 118; BAYLOS CARROZA, Hermenegildo, *op. cit.* p. 459; PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. cit.*, p. 717; BERCOVITZ, Rodrigo, comentario al art. 1.º de la L.P.I. de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por...*, Madrid 1989, p. 27; LACRUZ BERDEJO, comentario al art. 2.º L.P.I. en *Comentarios...* *cit.*, p. 34). Vista desde fuera, sorprende dicha controversia por lo estéril —dado que ambas posturas reconocen la existencia de un doble tipo de facultades (así, el propio GIERKE, *op. cit.*, p. 759) y difieren sólo a la hora de establecer si todas ellas se integran en el derecho de autor como distintas manifestaciones de un único derecho, o bien se desdoblán en dos derechos de signo distinto—; y por lo confusa —dado que unas mismas tesis son calificadas indistintamente como monistas o como dualistas (*vid.* BAYLOS CARROZA, *op. cit.*, p. 459; y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, «Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en *Rev. de Derecho Privado 1949*, pp. 747 y ss., 830 y ss.)—.

⁹² Según MALUQUER Y SALVADOR, ya en el Congreso de Madrid de 1887, había apuntado la citada controversia (*loc. cit.*, p. 499).

⁹³ Con cierta condescendencia, lo pone de relieve el propio von GIERKE: «Vollen Ernst macht mit der Theorie des geistigen Eigentums das spanische Recht, indem hier das Zivilgesetzb. v. 1889 Art. 429 vorschreibt, daß auf das geistige Eigentum subsidiär alle Bestimmungen über das Eigentum anzuwenden sind» (*op. cit.*, p. 761, nota 52).

⁹⁴ A PÉREZ SERRANO cabe atribuirle el mérito de haber sido el divulgador en el ámbito jurídico español de la categoría del llamado «derecho moral de los autores» (*vid.* PÉREZ SERRANO, Nicolás, «El derecho moral de los autores» en el *Anuario de Derecho civil*, 1949, pp. 7 y ss.).

⁹⁵ *Vid.* de CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1984 (reimpresión de la ed. de 1972), pp. 21 y ss.; y CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1957 (9.ª ed.), tomo II, pp. 361 y ss.; Madrid, 1963, tomo I, 2, pp. 365 y ss.

⁹⁶ Mientras DE CASTRO y CASTÁN coinciden ya en negar el encuadramiento del derecho de autor en el derecho de propiedad (*vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 21-22; CASTÁN, *op. cit.*, tomo II, pp. 380; 383; tomo I, 2, p. 366), PÉREZ SERRANO mantiene todavía la tesis del derecho de autor como propiedad especial, considerando casi como un mal inevitable la necesidad de reconocer esos intereses personales del autor en su obra porque «pueden autorizar para infidelidades contractuales, opresión de los editores o legítimos adquirentes de derechos y constante inseguridad jurídica» (*vid.* así *loc. cit.*, p. 27).

cularizado de las distintas posiciones en torno a la naturaleza jurídica del derecho de autor.

Las páginas que siguen no pretenden entonces introducirse en dicho debate, sino mostrar cómo en el mismo período en que en el ámbito español se promulga la Ley de 1879, anclada en la construcción de la propiedad intelectual⁹⁷, se construye una disciplina científica en torno al derecho de autor⁹⁸.

II. LA ELABORACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO DE AUTOR

Tal y como se indica en el anterior epígrafe, ya en este último tercio del siglo XIX se detecta en el ámbito germánico un amplio movimiento de superación de la tesis del derecho de autor como «propiedad *sui generis*»⁹⁹.

Sin embargo, la posible construcción alternativa de los derechos de autor estaba en este momento todavía en fase de negación —se hacía sobre todo hincapié en los elementos que alejaban al

⁹⁷ «La Ley de 1879 es, desde el punto de vista de la doctrina jurídica relativa al Derecho de Autor estrictamente monista. Se basa exclusivamente en el reconocimiento de lo que, en las fechas de su redacción se llamaba *Dominio espiritual*, «*Geistiges Eigentum*», frente a lo que los tratadistas llamaban, también entonces, derechos intelectuales, que sumaban a un derecho de dominio precedero y transmisible un conjunto de derechos personales perpetuos e intransferibles. El reconocimiento de estos derechos personales del autor que más tarde se han llamado «derechos morales» ha dado origen a una doctrina dualista que informa la casi totalidad de las legislaciones y la jurisprudencia... La Ley de 1879, estrictamente patrimonialista... no define los derechos de la persona conexos con la Propiedad Intelectual...». Es éste el balance que del texto de 1879 se realiza en vísperas de la reforma que culminará en la actual Ley de Propiedad Intelectual de 1987. *Vid.* así el «Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual.» (BOCG de 1985, Serie I, n.º 152, de 14 de mayo, pp. 6253 y ss.; *vid.* pp. 6254-6255).

⁹⁸ «*Selbständigere Rechtsgedanken waren es schon, die zur Ausgliederung des gewerblichen Rechtsschutzes (Literatur-, Musik- und Kunsturheberrecht, Verlagsrecht; Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht; Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht) aus dem bürgerlichen Recht führten. Die juristischen Denkformen dieses Rechtsgebiets sind in einer sehr bedeutenden wissenschaftlichen Sonderleistung des 19. Jahrhunderts ausgebaut worden... Diese neuen Rechtslagen, die das gemeine Recht noch nicht kannte, hat in Deutschland bereits das junge Bismarcksreich sofort kodifizieren müssen...*» (así WIEACKER, *op. cit.*, pp. 318-319).

⁹⁹ Existe prácticamente unanimidad entre los autores alemanes a la hora de señalar el descrédito de la construcción del derecho de autor como propiedad, con independencia de cuál sea la óptica que cada uno de ellos adopte en cuanto a su naturaleza jurídica. Así, se refieren al abandono generalizado de la tesis de la propiedad, p. ej., DERNBURG, (*op. cit.*, p. 721), que lo designa como «*privates Gewerbe-recht*»; KLOSTERMANN (*op. cit.*, p. 116), que se limita a establecer que el contenido de ese derecho es exclusivamente patrimonial (*op. cit.*, p. 119); y DAHN (*op. cit.*, p. 44) y ORTLOFF (*op. cit.*, p. 323), que lo califican de «*höchst persönliches Recht*».

«Urheberrecht» del derecho de propiedad—¹⁰⁰, sin haber podido llegarse todavía a la fase de afirmación: no se conseguía adscribir el derecho del autor sobre su obra a alguna otra de las categorías de derechos existentes, sin que, por otra parte, se hubiese llegado a poder aislarlo como categoría autónoma ¹⁰¹.

De una parte, se pone de relieve la imposibilidad de alinearlos entre los derechos personales o de crédito por su carácter absoluto: el deber de abstención que, para otros, deriva del derecho exclusivo que se reconoce al autor sobre su obra no es exigible frente a una única persona o personas determinadas, sino frente a todos y cualquiera ¹⁰². Y, sin embargo, a pesar de que ese dato de la eficacia *erga omnes* avala ciertamente algún tipo de parentesco con el derecho de propiedad ordinaria o brinda, cuando menos, la posibilidad de adscribir el derecho de autor a los derechos reales en general ¹⁰³, no hay más remedio que constatar la existencia de diferencias esenciales, que no resultan suficientemente expresadas ni por el concepto de propiedad, ni por la categoría de los derechos reales.

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

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

¹⁰⁰ «Es ist auch anderwärts noch richtig dagegen hervorgehoben worden, daß das analoge literarische Eigentum weder Gegenstand noch Grund, weder Natur noch Schutz mit dem echten Eigentum gemein haben könnte...» (ORTLOFF, op. cit., p. 322). Lo que varía de un autor a otro es que, a la hora de distinguir, el énfasis se sitúe en uno u otro de esos elementos.

¹⁰¹ Se señalaba en concreto la dificultad de encajar el derecho sobre la obra del espíritu en las categorías heredadas del Derecho Romano (*vid.* AHRENS, op. cit., p. 149; ORTLOFF, op. cit., p. 319; KLOSTERMANN, op. cit., p. 121).

¹⁰² «... als einem absoluten, Alle bindenden Recht, die allgemeine Rechtspflicht gegenübersteht, die freie Thätigkeit in Bezug auf ein Geisteswerk zu beschränken, namentlich Vervielfältigungs- oder Veröffentlichungsacte zu unterlassen, so kann es doch hauptsächlich deshalb nicht als obligatorisches Recht angesehen werden, weil es regelmässig nicht individuell bestimmten Personen gegenüber besteht.» (*vid.* ORTLOFF, op. cit., p. 325). En el mismo sentido, KLOSTERMANN: «... äussert seine Wirkung allen Personen gegenüber» (op. cit., p. 114); AHRENS (op. cit., p. 150).

¹⁰³ DERNBURG op. cit., p. 721.

1.1. EL CARÁCTER INCORPORAL DEL OBJETO DEL DERECHO

Objeto del derecho de propiedad —o de cualquier otro derecho real— sólo puede serlo un bien de carácter material o «cosa»¹⁰⁴. La obra del intelecto no es una «cosa», entendida ésta como bien material¹⁰⁵.

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

¹⁰⁴ Vid. DERNBURG (*Lehrbuch des Preussischen Privatrechts...*, cit., p. 721); y WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1906 (9. Auflage, bearbeitet von Theodor Kipp), 1. Band, § 137, pp. 689 y ss.; vid. sobre todo p. 693, nota 10.

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

¹⁰⁵ Esta insistencia en la doctrina alemana en que no debe quedar desvirtuado el concepto genuino de «cosa» acogiendo en él realidades incorpóreas acabará quedando plasmada en el Código civil alemán o «Bürgerliches Gesetzbuch» [BGB], que, por contraposición al «ALR», ciñe el concepto a los objetos corpóreos (§ 90 BGB). En la órbita francesa, en cambio, tanto el Código civil como la doctrina admitieron —y admiten— sin dificultades la categoría de los «bienes incorpóreos», lo que permitió la ya aludida pervivencia en dicho ámbito de la idea de «propiedad del autor». Vid. así AUBRY, Charles et RAU, Charles Frederic, *Cours de droit civil français*, Paris, 1875, tomo 7.º, pp. 170-171: «Dans la acception véritable du mot, la “propriété” ne se comprend que pour les choses corporelles. Mais le term “propriété” a été étendu à des choses incorporelles pour désigner le droit exclusif d’en user et d’en disposer... C’est ainsi encore qu’on qualifie de propriété littéraire, artistique et industrielle, le droit exclusif des auteurs, artistes, ou inventeurs, sur la valeur pécuniaire de leurs compositions...»

independencia conceptual del derecho sobre el producto del intelecto ¹⁰⁶.

Y ello porque, hasta que se formula dicha proposición, no se había conseguido desvincular plenamente el derecho sobre la obra del objeto físico portador de dicha obra, de manera que las posibilidades de actuación sobre la misma se presentaban hasta cierto punto como emanación del derecho de propiedad sobre aquel objeto ¹⁰⁷. Presupuesta, en cambio, la independencia respecto a un substrato material, se bifurcará ya irreversiblemente la trayectoria de ambos derechos.

Tampoco en este punto corresponde el mérito inicial al Derecho privado, sino que es éste, una vez más, tributario de determinadas aportaciones de la Filosofía del Derecho: «Das Bestreben, das Geistige des Buches als etwas besonderes auszuscheiden, lag übrigens damals in der Luft, wenn auch der Gedanke von Niemanden eine solche feine Ausarbeitung erfuhr, wie von Fichte...» ¹⁰⁸.

1.1.1. *La delimitación del objeto del derecho a partir de construcciones de la Filosofía: Fichte y Hegel*

Unánimemente ha sido puesta de relieve por los tratadistas germánicos del derecho de autor ¹⁰⁹ la contribución que determi-

¹⁰⁶ Para ilustrar la importancia que reviste la asunción de dicha premisa de carácter negativo, a la hora construir el derecho de autor como derecho autónomo, puede servirnos de ejemplo el pandectista Ernst Immanuel BEKKER. En efecto, BEKKER (*vid. Bibl.*) aborda el tema partiendo de la premisa negativa del carácter incorporeal de las obras escritas y musicales: «Literarische (einschliesslich der dramatischen) Werke und musikalische Kompositionen sind zweifellos unkörperliche Dinge...» (p. 280), retrocediendo, sin embargo, a la hora de emancipar la obra gráfica y la plástica de sus representaciones materiales: «Aber «Zeichnungen und Abbildungen» mögen sie nun Kunstwerke sein oder nicht, sind doch immer körperliche Dinge... Ebenso sind die «Werke der bildenden Künste»... und die Photographien... körperliche Dinge...», de manera que, para él, el derecho sobre estos tipos de obras en concreto es, sin más —a diferencia del derecho sobre las obras escritas y musicales, que es un derecho distinto— un derecho de propiedad ordinaria, con sólo algunas especialidades en cuanto a su transmisión (*id.* p.).

¹⁰⁷ Refiriéndose a la construcción de la «geistiges Eigentum» en su formulación primitiva, señala GIERKE: «Zum Theil knüpfte sie an das Eigenthum an der Handschrift oder dem künstlerischen Urbilde an und leitete aus ihm ein Eigenthum auch an dem geistigen Inhalte her...» (von GIERKE, *op. cit.*, p. 760).

¹⁰⁸ KOHLER, Josef, «Die Idee des geistigen Eigenthums» en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894 [I], Band 82, pp. 141 y ss.; *vid.* p. 184.

¹⁰⁹ Así ULMER (*op. cit.*, pp. 11 y ss.; y p. 57); BAPPERT (*op. cit.*, pp. 279-280); HUBMANN (*op. cit.*, pp. 20-21; y también en otra de sus obras, *Das Recht des schöpferischen Geistes...* [cit. asimismo en nuestra *Bibl.*], p. 72).

Así lo destaca también el especialista sueco Stig STRÖMHOLM (*vid. op. cit.*, p. 111).

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

En efecto, la distinción de Fichte, además de contribuir a la sustentación del derecho de autor ¹¹⁰, representa el primer intento ¹¹¹ certero ¹¹² de establecer en qué consiste ese «algo» ¹¹³ separable del manuscrito o de cualquier otra representación material de una obra.

Fichte ¹¹⁴ parte de la distinción entre tres elementos en la propiedad de un libro ¹¹⁵:

— El libro como bien corporal, como papel impreso —«das Körperliche»—, cuya propiedad se transmite inmediatamente al comprador mediante su venta, puesto que, en tanto que objeto material, sólo es susceptible de apropiación por un único sujeto— ¹¹⁶.

¹¹⁰ Puesto que indicábamos que FICHTE, al igual que KANT, había terciado en defensa del derecho de autor, frente a quienes veían en su consagración legal un obstáculo a la libertad de imprenta (*vid. supra* el epígrafe «LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA OBRA DEL INGENIO COMO DERECHO DE PROPIEDAD»).

¹¹¹ En rigor, ya antes de FICHTE el propio KANT se había referido a la desvinculación del derecho del autor respecto a un substrato físico y a la independencia recíproca entre el derecho del autor o editor y el derecho del propietario del ejemplar: «Der Autor und der Eigenthümer des Exemplars können beide mit gleichem Rechte von demselben sagen: es ist mein Buch! aber in verschiedenem Sinne. Der erstere nimmt das Buch als Schrift oder Rede; der zweite bloss als das stumme Instrument der Überbringung der Rede an ihn oder das Publikum, d. i. als Exemplar» (*vid. supra* artículo *Von der Unrechtmässigkeit...* cit. más abajo, p. 86).

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

¹¹² «Ihm gebührt das Verdienst, zuerst dem Gebilde des Gedankeneigenthums näher gekommen zu sein» (Id. KOHLER, *Die Idee...* cit., p. 183). Se refiere KOHLER a la influencia de FICHTE, además, en algunas otras de sus obras (*vid. Urheberrecht...*, cit. pp. 76-82).

¹¹³ Es bien palpable la dificultad, ya de entrada terminológica, a la hora de expresar en qué consiste esa recién descubierta realidad espiritual, como evidencia el frecuente recurso a la perifrasis; así, el propio FICHTE: «dem Werke zu Grunde liegenden Begriff» (op. cit., p. 418), o bien, «alles dasjenige, was nur durch unsere eigenthümliche Geistesform völlig bestimmt werden kann...» (p. 422).

¹¹⁴ *Vid.* el artículo de Johann Gottlieb FICHTE «Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», publicado inicialmente en la *Berliner Monatsschrift*, mayo de 1791, n.º XXI, pp. 443 y ss. y recogido entre sus obras completas (*J. G. FICHTE-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Stuttgart, 1964, Band I, 1, pp. 407 y ss.).

¹¹⁵ El mismo razonamiento es aplicable en esencia a la obra oral (op. cit., p. 414) y a las obras de las bellas artes y de las artes mecánicas, a salvo algunas matizaciones que el propio FICHTE introduce (op. cit., pp. 418-419), atinentes sobre todo a que en estas últimas la exteriorización del pensamiento pasa necesariamente por la encarnación en un objeto físico y a la mayor dificultad de reproducción de las mismas.

¹¹⁶ «... weil es nicht mehrere Herren haben kann» (*vid. op. cit.*, p. 412).

— El contenido del libro —«das Materielle»—, las ideas o pensamiento que éste encierra, que se convierten en propiedad compartida de autor y público desde que son dadas a conocer ¹¹⁷.

— La forma en que el autor exterioriza ese pensamiento —«die Form dieser Gedanken»—, el modo peculiar en que el autor combina sus ideas, que, por la propia naturaleza de las cosas, seguirá siendo siempre de la exclusiva propiedad del autor, puesto que es imposible adueñarse del pensamiento ajeno sin alterar, para ello, su forma ¹¹⁸. Sobre este último elemento, construye Fichte «ein natürliches, angeborenes, unzuverlässiges Eigenthumsrecht [des Verfassers]» ¹¹⁹.

En definitiva, la principal aportación de Fichte a la construcción de los derechos de autor ¹²⁰ consiste en establecer que, siendo

¹¹⁷ «... dessen Eigenthum vermöge seiner geistigen Natur Vielen gemein sein kann...» (op. cit., p. 412). De modo distinto a como nos ha llegado a veces la tesis de FICHTE, vulgarizada, ese contenido espiritual del libro no deja de ser propiedad exclusiva del autor en el mismo momento en que es dado a conocer ni tampoco por la mera adquisición del libro, puesto que se requiere una determinada actividad o esfuerzo del propio adquirente: «Um sie uns zuzueignen, gehört noch eine Handlung dazu: wir müssen... seinen Inhalt... durchdenken,... und so ihn in unsere eigene Ideenverbindung aufnehmen» (vid. op. cit. p. 411).

¹¹⁸ Y, ello, precisamente, en base al requisito que, para la apropiación del pensamiento ajeno, introduce FICHTE y al que nos referimos en la nota anterior. Puesto que dicha apropiación precisa de la propia actividad del receptor, es necesario que éste, para hacerlo suyo, se represente a sí mismo dicho pensamiento —ya que «... reine Ideen ohne sinnliche Bilder sich nicht einmal denken, vielweniger Anderen darstellen lassen...»—, resulta entonces que el pensamiento ajeno se asimila siempre bajo forma distinta a como ha sido emitido: «Es ist unwahrscheinlicher als das unwahrscheinlicher, daß zwei Menschen über einen Gegenstand völlig das Gleiche in eben der Ideenreihe, und unter eben den Bildern, denken sollen,...» (op. cit., p. 412); «... dadurch, daß wir ihm [dem fremden Gedanken] UNSERE FORM* geben... (op. cit., p. 414).

* En mayúsculas en el texto de FICHTE.

¹¹⁹ Vid. FICHTE, op. cit., p. 416.

¹²⁰ La construcción de FICHTE es clara y lineal en cuanto a la fundamentación, al título adquisitivo del derecho, pero contradictoria y vacilante, a nuestro modo de ver, en cuanto al contenido del propio derecho y a su ropaje jurídico. Si la forma del pensamiento es de por sí inaccesible a terceros —«... welche wir uns nie eigen machen können (op. cit., p. 419); «weil dies physisch unmöglich bleibt» (op. cit., p. 412); (lo cual no será obstáculo para que FICHTE se refiera al plagio y a la reproducción literal de un pensamiento ajeno como apropiaciones indebidas de forma)—, el derecho del autor habrá de recaer sobre la utilización de la propia idea o pensamiento —«den Gebrauch des erworbenen Begriffs» (op. cit., p. 419)—. Puesto que éste ha devenido común una vez dado a conocer —mejor dicho, una vez asimilado por el receptor—, la norma que reserva al autor dicha utilización tiene el carácter de privilegio que deroga temporalmente la ley natural que permite a cualquiera utilizar dicho pensamiento, con lo cual, el propio FICHTE deja en el aire la idea de que el derecho del autor recae sobre cosas que «ihrer Natur nach nicht unter Verwahrung gehalten werden können» (op. cit., p. 417) y que es sólo cuestión de equidad que el autor no se vea privado de su derecho: «... es ist nicht billig, daß der Mann, welcher Jahre lang Fleiß, Mühe und Kosten aufwendete, durch die erste Bekanntmachung des Resultats seiner jahrenlangen Arbeit, welches von der Art ist, daß jeder desselben sich

el modo de expresar las ideas individual, el carácter común de las mismas no ha de ser obstáculo para constituir sobre ellas una relación de propiedad.

A partir de Fichte, será Hegel (1770-1830)¹²¹ quien deje sentada la independencia del derecho sobre uno y otro objeto, constatando sobre todo que la enajenación de uno de ellos no arrastra la del otro: quien adquiere un libro o un cuadro no adquiere con él la posibilidad de reproducirlo¹²². Hegel insiste en que es la particular naturaleza del objeto la que impone la separación entre

bemächtigen kann, der es siehet, um alle Frucht dieser Arbeit gebracht werde.» (op. cit. p. 419). Y, como, reconoce FICHTE con pesimismo, «in Sachen der Gewinnes auf die Billigkeit Anderer nicht sehr zu rechnen ist» (op. cit., p. 419), es entonces cuando, actuando «contra natura», interviene el Estado otorgando el privilegio.

¹²¹ Vid. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «Grundlinien der Philosophie des Rechts», en *HEGEL's Sämtliche Werke*, herausgegeben von Georg Lasson, Leipzig, 1930, Band VI, pp. 59 y ss. HEGEL parte de la distinción de FICHTE entre «forma» y «contenido» del pensamiento, aunque la critica en algunos puntos.

En realidad, a través de HEGEL —quien tanto para la adquisición de la propiedad intelectual, como para la adquisición de la propiedad sobre bienes materiales utiliza como punto de partida la tesis de FICHTE— hemos podido constatar que FICHTE aplica el mismo esquema a ambos derechos. En efecto, HEGEL pone de relieve cómo en cuanto al acto de apropiación sobre cosas materiales parte FICHTE de la premisa de que la *materia* es en sí misma inapropiable, si no se la individualiza *conformándola*. HEGEL señala en cuanto a este punto las limitaciones de la tesis de FICHTE: «Dies ist freilich in der Vorstellung trennbar, in der That ist aber dieser Unterschied eine leere Spitzfindigkeit» (vid. a este respecto otra de las obras de HEGEL: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie. 1818-1831*, Stuttgart/Bad Cantsatt, 1974, 4. Band, p. 194). Del mismo modo, señala HEGEL el peligro que, también para el derecho del autor, entraña llevar demasiado lejos la distinción entre *forma* y *contenido* del pensamiento: «So kann eine kleine Änderung in der Form es ausmachen, dass ein Anderer ein Werk für das Seinige ausgiebt, an dem nichts sein ist, als jene Änderung» (id. *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 4. Band, p. 235). La dificultad estriba para HEGEL en determinar objetivamente qué modificaciones tienen carácter esencial y justifican una apropiación sucesiva por parte de quien utiliza la obra ajena —«Inwiefern nun die in der wiederholenden Äusserung sich ergebende Form... in ein spezielles geistiges Eigentum des reproduzierenden Individuums verwandle, und ihm hiermit das Recht, sie auch zu einem äusserlichen Eigentum zu machen... («Grundlinien», p. 72)— y cuáles constituyen simplemente «Modifikationchen» —es significativo el uso del diminutivo—, es decir, modificaciones insustanciales que pretenden simplemente encubrir el *plagio*. Partiendo de dicha imposibilidad —«... lässt sich nicht... rechtlich und gesetzlich festsetzen» («Grundlinien», p. 72)—, concluye HEGEL que las leyes protectoras del derecho de autor han de limitarse a sancionar la estricta reproducción literal mediante la imprenta, que es la única susceptible de constatación objetiva, y que la sanción del *plagio* quedará relegada al ámbito moral, porque «Es ist gegen die Ehre, aber gerichtlich lässt sich nicht nachweisen was das Seinige ist und was das Meinige» (*Vorlesungen*, 4. Band, p. 235).

¹²² «Indem der Erwerber eines solchen Produkts an dem Exemplar als Einzelnen den vollen Gebrauch und Wert desselben besitzt, so ist er vollkommener und freier Eigentümer desselben als eines Einzelnen, obgleich der Verfasser der Schrift oder der Erfinder der technischen Vorrichtung Eigentümer der allgemeinen Art und Weise bleibt, dergleichen Produkte und Sachen zu vervielfältigen, als welche allgemeine Art und Weise er nicht unmittelbar veräussert hat...» («Grundlinien»..., § 69, p. 70).

ambos derechos ¹²³, sin ser necesaria, por tanto, ninguna reserva de parte del autor a la hora de enajenar el ejemplar de su obra.

La recepción de la distinción de Fichte se opera, pues, en un primer momento entre filósofos, como Hegel y filósofos del Derecho, como Ahrens ¹²⁴, hasta que acaban haciéndola suya los juristas alemanes más representativos en materia de derechos de autor ¹²⁵.

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

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

Así, del mismo modo que la incorporación al ámbito jurídico—dogmático y legal— de la actividad intelectual o de autor y su configuración como posible fundamento de un derecho se vio en gran medida allanada gracias a aportaciones metajurídicas, también hacen suyos los juristas intentos de explicación ajenos a la propia ciencia ¹²⁶, a la hora de articular la sustantividad conceptual del derecho de autor, partiendo de la desvinculación respecto a un objeto físico y con remisión a una entidad de carácter incorporal como posible objeto del mismo, a pesar de que en un primer momento no se acierte a definir dicha entidad en sentido positivo ¹²⁷.

¹²³ «... so dass dies in der besonderen Art und Weise des äusseren Gebrauchs liegt, der von der Sache gemacht wird, und von dem Gebrauche, zu welchem die Sache unmittelbar bestimmt ist, verschieden und trennbar ist (er ist nicht, wie man es heisst, eine solche «accessio naturalis» wie die «foetura»)» (HEGEL, op. cit., p. 71).

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

¹²⁴ Vid. AHRENS, op. cit., p. 151.

¹²⁵ Vid. por todos, KLOSTERMANN, op. cit., p. 122; von GIERKE, p. 760, nota 50 y p. 770; KOHLER, *Autorrecht* cit., p. 179 y *Die Idee des geistigen Eigenthums* cit., p. 183.

¹²⁶ En señalar a FICHTE y HEGEL como hitos de la línea evolutiva del derecho que trazamos, coinciden tanto von GIERKE (op. cit., p. 760, nota 50), como KOHLER (*Die Idee des geistigen Eigenthums...*, cit., pp. 186-187).

¹²⁷ Vid. KLOSTERMANN: «Das geistige Eigenthum hat keinen körperlichen Gegenstand und bildet deshalb keine Species des Sacheigenthumes» (op. cit., p. 114); ORTLOFF: «Das Geisteswerk ist aber weder eine «res corporalis», noch eine «incorporalis»?... sondern ein Arbeitsprodukt besonderer Art, auf das sich eben der gewöhnliche Eigenthumsbegriff nicht anwenden lässt... daß dagegen beim Eigenthum eine äussere für sich bestehende, von der Person durchaus unabhängige Sache, welche selbst ohne irgend eine Tätigkeit der Person in ihr Eigenthum übergehen könne, vorausgesetzt werde.» (op. cit., p. 323).

La dogmática jurídica intentará traducir las ideas así importadas en términos de la propia ciencia y pondrá también de relieve las consecuencias que de ellas deben extraerse en cuanto a la configuración legal del derecho sobre la obra del espíritu ¹²⁸.

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

1.2. LOS ELEMENTOS NO PATRIMONIALES DEL CONTENIDO DEL DERECHO

El segundo dato de carácter negativo en que se cifra la especialidad —y, por ende, la dificultad de integración— del derecho sobre la obra intelectual viene dado por la existencia de intereses del autor de carácter no estrictamente patrimonial. El acuerdo a este respecto es general y, una vez más, independiente de la postura que, a partir de dicho dato, se adopte en cada caso en cuanto a la naturaleza del derecho ¹²⁹. Como mínimo, se intenta siempre poner de relieve la necesidad de proteger el derecho sobre la obra, excluyendo en consecuencia las utilidades de la misma no consentidas por su titular, con independencia de que de ellas resulte o no un perjuicio patrimonial para aquél ¹³⁰.

¹²⁸ «Kein Urheberrecht endlich hat der Eigenthümer einer das Geisteswerk verkörpernden Sache... Ein Recht aber, über das in der Sache verkörperte Geisteswerk zu verfügen, ist in dem Sacheigenthum nicht enthalten. Zu einer solchen Verfügung ist daher der Eigenthümer, falls an dem Geisteswerke ein fremdes Geisteswerk besteht, überhaupt nicht befugt.» (GIERKE, op. cit., p. 781); «Wenn, wie dies die Regel ist, die geistige Produktion sich in einer körperlichen Sache, z. B. einem Manuskript, Kunstwerk... verkörpert hat, ist es an das Eigenthum der Sache nicht geknüpft.» (DERNBURG, op. cit., p. 721).

Conectando con dichas declaraciones, el § 5, a), II de la «Reichsgesetz» relativa a obras escritas y el § 8, I de la «Reichsgesetz» de 1876 relativa a las obras plásticas (vid. *supra* nota 86) excluyen la posesión del manuscrito o del original de la obra plástica como título que faculta a reproducir la obra en cuestión.

¹²⁹ «... c'est précisément d'une analyse des intérêts qu'on déduit la règle applicable, et non pas d'une "nature juridique" donnée» (vid. STRÖMHOLM, Stig, *Le droit moral de l'auteur*, Estocolmo, 1967, I, p. 253).

¹³⁰ Vid. DERNBURG: «... daß endlich der Schutz seines Rechts nicht vom Nachweise eines besondern Vermögensinteresse abhängig ist... Ebenowenig steht es mit dem Charakter des Urheberrechts als eines Vermögensrechts im Widerspruch, dass sich auch andre als vermögensrechtliche Interesse an dasselbe knüpfen können...» (op. cit., p. 720). En el mismo sentido, DAMBACH (op. cit., p. 13); DAHN (op. cit., p. 45); ORTLOFF (op. cit., p. 330); KOHLER («Die Idee...» cit., p. 227). La misma idea de que el contenido del derecho no es estrictamente patrimonial está latente en la jurisprudencia alemana (vid. la Sentencia del «Reichsoberhandelsgericht» de 25 de

1.2.1. *La influencia de Kant*

Es casi de rigor entre los especialistas en derecho de autor atribuir a Immanuel Kant (1724-1804) el mérito de haber sido el primero en detectar la existencia de dicho tipo de intereses en la relación entre el autor y su obra ¹³¹. Por otra parte, las opiniones que en su día expuso Kant sirvieron a algunos de ellos ¹³² para realizar una determinada profesión de fe en cuanto a la naturaleza del derecho. Resulta, sin embargo, inevitable situar la influencia de Kant en sus justos términos ¹³³.

Kant se manifiesta a este respecto —en concreto, al respecto de la impresión ilícita o «Nachdruck»— en dos ocasiones: en un artículo aparecido en 1785 en la «*Berlinische Monatschrift*» ¹³⁴ y en un pasaje concreto de su «*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*», que constituye la primera parte de la «*Metaphysik der Sitten*», de 1797 ¹³⁵. Ya la propia localización dentro de su extensa producción apunta al carácter episódico que reviste en Kant el tratamiento de dicha cuestión.

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

El eje central de las disquisiciones de Kant lo constituye la idea de que el libro constituye un discurso del autor al público ¹³⁶;

enero de 1875: «Es wird so das Urheberrecht ausschliesslich als Vermögensrecht charakterisiert und geschützt, während eine derartige Beschränkung dem Inhalt des Reichsgesetzes —vgl. insbesondere § 5, b); § 7, a); §§ 11, 18— fremd ist.»

¹³¹ Así, ORTLOFF (op. cit., p. 287, nota 18). Muchos otros autores alemanes de esta época aluden a la influencia de KANT. *Vid.*, p. ej., DAHN (op. cit., p. 45); AHRENS (op. cit., p. 153, nota 1); KLOSTERMANN (op. cit., p. 120); GAREIS (loc. cit., p. 88, nota 3); GIERKE (op. cit., p. 764, nota 64). Valorando negativamente dicha influencia, KOHLER (*Die Idee...* cit., pp. 186; 190; 202; *vid.* también su *Autorrecht*, p. 346).

¹³² Que apenas disimulan el orgullo de poder invocar tan ilustre «padrino».

¹³³ Y, de hecho, ya hay quien se ha preocupado de hacerlo. Así sobre todo el profesor Stig STRÖMHOLM, de la Facultad de Derecho de Upsala, en su obra, ya citada, *Le droit moral de l'auteur...*, Estocolmo 1967, pp. 184 y ss.; 244 y ss. *Vid.* también BAPPERT, op. cit., p. 245; ULMER, op. cit., p. 57; p. 109.

¹³⁴ «Von der Unrechtmässigkeit des Büchermachdrucks», *Berlinische Monatschrift, herausgegeben von F. Gedike und J.E. Briester*, Berlin Januar bis Junius 1785, 5. Band, S. 403-417. El artículo se encuentra recopilado entre las obras completas de KANT (*vid.* «*KANT's gesammelte Schriften*», *herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin 1907, Band VIII, pp. 79 y ss.).

¹³⁵ Bajo la rúbrica «Was ist ein Buch?», dentro de una de las secciones («Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht») del capítulo dedicado al Derecho privado («Das Privatrecht»). *Vid.* «*KANT's gesammelte Schriften*», *herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, Band VI, pp. 289-290.

¹³⁶ «Ein Buch ist eine Schrift... welche eine Rede vorstellt, die jemand an das Publikum hält» (*Metaphysische Anfangsgründe...*, p. 289).

el editor, que publica el libro del autor con su consentimiento, habla al público como su representante¹³⁷, estando legitimado para ello en virtud del poder que le confiere el autor¹³⁸. De manera que quien imprime el libro sin su consentimiento, habla en nombre del autor contra su voluntad y se inmiscuye en un negocio ajeno —el mandato o gestión que realiza el editor en nombre del autor—¹³⁹.

En el curso de su exposición, deja caer Kant las expresiones «persönliches Recht» y «angeborenes Recht». A partir de aquí, una vez queda descartada en el ámbito germánico durante el último tercio del siglo XIX, como ya se ha visto, la concepción del derecho de autor como propiedad, algunos autores —adscritos al parecer a la corriente «germanista»¹⁴⁰, por oposición a la «romañista» o pandectista que imperaba entonces en el pensamiento jurídico alemán— se refieren al derecho del autor como «derecho de la personalidad»¹⁴¹.

¹³⁷ Siguiendo razonamientos de partida distintos a los de KANT, había llegado FICHTE a una conclusión muy parecida a la de aquél —de lo cual se congratula el propio FICHTE, que decía desconocer la previa existencia del artículo de KANT: «Mit dem Manne sich auf Einem Wege finden, ohne von seinem Gange etwas gewusst zu haben, tut wohl.» (vid. FICHTE, op. cit., p. 421)— en cuanto a la consideración del editor como *representante* del autor: «Was überträgt der Erstere [léase «Verfasser»] an den Letzteren [«Verleger»]... Noch weniger das [Eigentum] der Form dieser Gedanken: denn diese ist, und bleibt auf immer, ausschliessendes Eigenthum des Verfassers. Der Verleger bekommt also durch den Kontrakt mit dem Verfasser überhaupt KEIN EIGENTHUM,* sondern unter gewissen Bedingungen nur das Recht eines gewissen NIESSBRAUCHS* des Eigenthums des Verfassers... Er handelt also allenthalben nicht in seinem Namen, sondern im Namen und auf Auftrag des Verfassers»** (vid. FICHTE, op. cit., p. 415).

* En mayúsculas en el texto de FICHTE.

** La cursiva es mía.

¹³⁸ *Id.* p. 290.

¹³⁹ «... gerit se mandatarium absque mandato» (id. p. 290; vid. también el artículo de 1785, p. 80).

¹⁴⁰ KOHLER se lamentaba de que casi todos los «germanistas» —en concreto, BLUNTSCHLI y BESELER— hubiesen adoptado la construcción personalista del derecho de autor (vid. KOHLER, *Die Idee...* cit., p. 190). También von GIERKE (op. cit., p. 764) y, en nuestros días, STRÖMHOLM identifican la tesis personalista de aquel momento con la corriente «germanista» (op. cit., p. 251).

Sobre «germanistas» versus «pandectistas» dentro de la Escuela Histórica del Derecho, vid. WIEACKER (op. cit., p. 243). Sobre el enfrentamiento entre ambas tendencias por la cuestión de los derechos de la personalidad en particular, vid. SCHEYING, Robert, «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», en el *Archiv für die civilistische Praxis* 1960, pp. 502 y ss.; vid. pp. 517 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad», en el *Anuario de Derecho civil*, 1959, pp. 1243; 1245.

¹⁴¹ «Personenrecht» (BLUNTSCHLI, op. cit., § 13; § 46); «Persönlichkeitsrecht» (BESELER, op. cit., § 88, III); DAHN (op. cit., p. 45) y ORTLOFF (op. cit., p. 314; 331) lo designan como «höchstpersönliches Recht». El iusnaturalista AHRENS emplea indistintamente las expresiones «Recht der Persönlichkeit» (op. cit., p. 151) y «Persönlichkeitsrecht» (p. 153).

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

En primer lugar, Kant ¹⁴² reconoce un único derecho de la personalidad, la libertad, *derecho innato* («angeborenes Recht»), que corresponde por naturaleza a todo hombre ¹⁴³, y excluye lo relativo a dicho derecho del ámbito del Derecho Positivo ¹⁴⁴, para remitirlo al Derecho Natural ¹⁴⁵.

Y, por lo que se refiere al análisis de esos dos textos en particular, hay que recordar, de entrada, que uno de ellos es un artículo aislado dentro de la obra de Kant y que el otro se encuentra dentro del capítulo de las *Metaphysische Anfangsgründe...* dedicado al Derecho privado. ¿Cómo hacer coincidir esa referencia específica de Kant al derecho del autor como «angeborenes Recht» o «ius personalissimum» ¹⁴⁶ con su concepción general del derecho de la personalidad? A nuestro modo de ver, cuando Kant habla en este estrecho contexto de derecho innato o personalísimo, no lo hace en sentido estricto o técnico ¹⁴⁷, sino acogándose al valor expresivo o enfático del término.

Los dos pasajes de Kant que comentamos, sobre todo el artículo de 1785, corresponden a una época de exacerbada apología de la libertad de imprenta, aun a costa de sacrificar por esta vía el derecho del autor sobre su obra ¹⁴⁸. Kant, con su proverbial

¹⁴² Vid. la Introducción o «Einleitung in die Rechtslehre» dentro también de las «Metaphysische Anfangsgründe...».

¹⁴³ Vid. la influencia a este respecto de la concepción de KANT en el Código civil austriaco de 1811 (§ 16 ABGB: «Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.»), por contraposición a la influencia de la tesis de los derechos innatos de Christian Wolff en el Código civil prusiano de 1794 (§§ 82, 83 Einl. ALR). Se suele poner de relieve que las ideas de KANT en este punto representan un golpe de timón («ein Wandel», en palabras de SCHEYING; vid. loc. cit., pág 512) respecto al Iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, dado que en KANT la noción de «derecho innato» o «derecho fundamental» queda liberada de la influencia que, en cuanto a dichos derechos, desempeñaba en Wolff y en el ALR el *status* o posición que el individuo ocupaba en la sociedad.

¹⁴⁴ Al que sólo incumben los derechos adquiridos en virtud de actos jurídicos.

¹⁴⁵ Apoyándose en KANT, SAVIGNY excluirá a su vez lo relativo a dichos derechos innatos o de la personalidad del ámbito del Derecho privado, remitiéndolos a la Filosofía del Derecho y al Derecho público, en cuanto a sus aplicaciones concretas (vid. STRÖMHOLM, op. cit., pp. 192, nota 48; 249; SCHEYING, op. cit., pp. 516-518; DE CASTRO, *Los llamados...*, cit., p. 1245, nota 32).

¹⁴⁶ Vid. el artículo de la *Berlinische Monatsschrift...*, p. 86, en el tomo VIII de las obras completas de KANT.

¹⁴⁷ Noción rigurosa que, por otra parte, ni siquiera existía en aquel momento.

¹⁴⁸ Vid. la serie de artículos de la época, en tomo a dicha polémica citados en KOHLER (*Die Idee...*, p. 187 y ss.).

preocupación por los deberes cívicos¹⁴⁹ y la cultura social¹⁵⁰, se propone sobre todo con dicho artículo tomar partido en favor del autor —en realidad, más bien de su mandatario, el editor—, insistiendo, de una parte, en que es el autor quien constituye o hace surgir el derecho a publicar la obra, el libro, por ser éste producto de su esfuerzo («ein blosser Gebrauch seiner Kräfte»)¹⁵¹; y, de otra, en que, a consecuencia de lo anterior, ese derecho es en sí mismo inviolable y digno de protección, sin necesidad de apoyarse en un privilegio del soberano¹⁵². Es decir, aquí la expresión «angeborenes Recht» estaría utilizada simplemente con carácter hiperbólico, para recalcar el carácter originario del derecho del autor y por oposición a la idea de concesión graciosa o privilegiada¹⁵³.

En cuanto a la expresión «persönliches Recht» que se utiliza en ambos textos, está, si cabe, más lejos todavía de evocar la idea del derecho sobre la obra intelectual como derecho de la personalidad. Nos parece que, antes bien, en consonancia con la particular concepción de Kant sobre las relaciones entre autor y editor, se estaría designándolo como derecho personal o de crédito¹⁵⁴. Partiendo de que quien imprime el libro sin el beneplácito del autor hace hablar a éste contra o sin su voluntad, lo que Kant pretende señalar es que nadie tiene derecho a arrogarse esa conducta concreta del autor sin su consentimiento; y, sobre todo, no lo tiene el adquirente del libro o singular ejemplar de la obra¹⁵⁵. De manera que, si éste, prevaliéndose de las prerrogativas derivadas de su derecho de propiedad sobre dicho ejemplar, lo reim-

¹⁴⁹ Vid. STRÖMHOLM, op. cit., pp. 189; 245.

¹⁵⁰ Cuestión esta última, por cierto, también aludida en el artículo de 1785 (vid. la referencia en p. 85 al derecho del público a que el editor cumpla efectivamente el mandato del autor).

¹⁵¹ Vid. art. cit., pp. 80 y 86.

¹⁵² Con idéntica finalidad, como dejamos indicado en la primera parte de este trabajo y recordamos en el epígrafe anterior, había escrito FICHTE su artículo, aparecido en 1793 en la misma revista que el de KANT.

¹⁵³ «... folglich begehrt er [der Nachdrucker] an dem von dem Autor bestellten (mithin einzig rechtmässigen) Verleger ein Verbrechen der Entwendung des Vorteils, den der letztere aus dem Gebrauch seines Rechts ziehen konnte und wollte («furtum usus»); also ist der Büchernachdruck von rechtswegen verboten» (*Metaphysische Anfangsgründe...*, p. 290).

¹⁵⁴ No está de más recordar que el pasaje de las *Metaphysische Anfangsgründe...* («Was ist ein Buch?») se encuentra dentro de un epígrafe denominado «Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht» y que el pasaje que viene inmediatamente a continuación se refiere (en relación al arrendamiento) a la dificultad de distinguir entre derecho real y derecho personal.

¹⁵⁵ Ello lo expone KANT a partir del siguiente silogismo:

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

«Nun ist das Recht zum Verlage ein persönliches bejahendes Recht.»

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

prime, está lesionando el derecho —personal— del editor, que sí ha obtenido, en cambio, derecho a dicha conducta del autor, por la única vía legítima al efecto: el contrato celebrado con el mismo ¹⁵⁶.

Pero, hechas las pertinentes puntualizaciones en cuanto al sentido preciso de determinadas expresiones en los textos de Kant, sí hay que reconocer, en cambio, que éste contribuyó a llamar la atención sobre algunos elementos de esa vertiente no patrimonial a que aludíamos como segundo aspecto negativo del derecho del autor. Así, sin ir más lejos, de la idea que constituye el núcleo de su tesis —el derecho a publicar la obra se adquiere siempre y sólo en virtud del contrato celebrado con el autor, dado que sólo en la persona de éste nace el derecho sobre la misma—¹⁵⁷ se desprende, de una parte, el carácter singular de la relación del autor con su obra ¹⁵⁸, y, de otra, que es privativa del autor la decisión de comunicar aquélla al público, siendo la titularidad de dicha decisión inalienable ¹⁵⁹, y transmitiéndose al editor sólo el ejercicio de la publicación (o derecho de hablar en nombre del autor).

1.2.2. *Personalistas versus patrimonialistas*

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

¹⁵⁶ «Wer ohne einen solchen Vertrag mit dem Verfasser... verlegt, ist der Nachdrucker, welcher also den eigentlichen Verleger lädirt und ihm allen Nachtheil ersetzen muss» (art. cit., p. 84).

¹⁵⁷ «... diese [Bücher] aber nur in einer Person ihr Dasein haben können. Folglich kommen diese letzteren der Person des Verfassers ausschliesslich zu...» (art. cit., p. 86).

¹⁵⁸ Por no ser ésta una simple mercancía: «Ich glaube aber Ursache zu haben, den Verlag nicht als das Verkehr mit einer Waare... anzusehen (art. cit., p. 79); «... ob nämlich ein Buch eine Waare sei [cuestión a la que KANT responde negativamente]... oder ob es vielmehr ein blosser Gebrauch seiner Kräfte («opera») sei, den er andern zwar verwilligen («concedere»), niemals aber veräussern («alienare») kann.» (art. cit., p. 80).

¹⁵⁹ «... und derselbe hat daran ein unveräusserliches Recht («ius personalissimum») durch jeden anderen immer selbst zu reden...» (KANT, art. cit., p. 86).

En realidad, el mérito de Kant a este respecto consiste en haber pronunciado palabras sacramentales —«angeborenes Recht», «persönliches Recht»—. Tales fórmulas, por venir de quien venían ¹⁶⁰, permitirían más tarde a determinados autores ¹⁶¹, que consideraban que las especialidades del derecho de autor eran tales que invalidaban cualquier posibilidad de hacerle sitio entre los derechos de carácter patrimonial, adscribir este derecho a una categoría en aquel entonces todavía en estado magmático: los derechos de la personalidad. Categoría, como decimos, todavía *in fieri* en el período que analizamos, tanto en cuanto a su contenido, todavía por fijar, como incluso en cuanto a su propio reconocimiento como categoría del Derecho privado ¹⁶².

Cuando se examina la obra de los autores que optan por esta adscripción, se observa que el recurso a dicha categoría obedece antes a una preocupación sistemática y de calificación que a una verdadera noción de la naturaleza y el contenido de esos derechos de la personalidad. Así, algunos de ellos, como Bluntschli y su discípulo Dahn, introducen en sus tratados, junto a las categorías clásicas de derechos reales y de crédito, otra dedicada a los derechos de la persona («Personenrechte»), donde incluyen lo relativo a los diferentes estados civiles, a las personas jurídicas y, por último, sin introducir ningún elemento de conexión o transición respecto a todo ello, lo relativo al derecho de autor ¹⁶³.

Por otra parte, no es mérito privativo de estos autores que cabría designar como «personalistas» el detectar las especialidades del derecho de autor. Ya hemos señalado oportunamente que existe acuerdo generalizado, al menos en cuanto a esos dos grandes elementos de carácter negativo que venimos analizando (objeto incorporal e intereses no patrimoniales en el contenido del dere-

¹⁶⁰ Aunque, como decía KOHLER, «Kant war der grösste Philosoph der Neuzeit, aber kein grosser Jurist, ebenso wie es grosse Juristen gegeben hat, die keine grosse Philosophen waren (beispielsweise Savigny)» (KOHLER, *Das Autorrecht...* cit., p. 346).

¹⁶¹ Citados en notas 90 y 141.

¹⁶² Recuérdese (*vid.* notas 140 y 145) que los pandectistas —a excepción de PUCHTA— se oponían a su inclusión como categoría del Derecho privado (*vid.* SCHEYING, *op. cit.*, pp. 513 y ss.; STRÖMHOLM, pp. 249 y ss.). Así, dirá GIERKE: «In den Pandektensystemen wird freilich dieses Bedürfnis nicht empfunden, weil sie die dem römischen Rechte fremde Rechtsbildungen nur gelegentlich berühren» (*op. cit.*, p. 704, nota 7).

¹⁶³ *Vid.* p. ej. el índice del *Deutsches Privatrecht* de Felix DAHN, quien dedica dentro de dicha obra el Libro II al derecho de la persona («Personenrecht»), estructurándolo del siguiente modo: Introducción, en el primer capítulo de dicho Libro; persona natural y modificaciones del derecho de la persona (estados civiles), en el segundo capítulo; persona jurídica en el capítulo tercero; y derecho de autor en el capítulo cuarto, sin que se indiquen las razones de dicha adscripción. El Libro III de dicha obra se dedica al derecho de cosas («Sachenrecht») y el IV al derecho de crédito («Forderungsrecht»).

cho). Si, como insistimos, se trata sobre todo de un problema de calificación, la única diferencia estriba en la importancia que se asigna a dichas especialidades: mientras los «personalistas» consideran que las mismas fuerzan en exceso las categorías clásicas del Derecho patrimonial y optan por remitirse a una categoría más «cómoda» —más flexible, por más desconocida—, hay autores que estiman que la concurrencia de esos rasgos diferenciadores en el derecho sobre los productos del ingenio impide, desde luego, su consideración como propiedad, pero no como derecho patrimonial *sui generis* ¹⁶⁴.

Y, además, también de modo generalizado y al margen del encuadre que en cada caso se asigna al derecho, se sacan ciertas consecuencias o se señalan ciertas situaciones en las que el derecho del autor sobre su obra, en base a esas especialidades, merece un trato singular. Fundamentalmente, se pone siempre de relieve —tal y como había hecho Kant— el carácter privativo de la decisión de publicar ¹⁶⁵ —avalado por el § 5.a) de la «Reichsgesetz» de 1870, que proscribía la reproducción de obras inéditas sin el consentimiento de su autor—, ¹⁶⁶ de la que se deduce una consecuencia trascendental a efectos prácticos: el carácter inembargable del derecho sobre la obra. Unánimemente ¹⁶⁷ se considera que la decisión de dar por terminada la obra y publicarla es incoercible ¹⁶⁸. Las únicas discrepancias a este respecto giran en torno a

¹⁶⁴ Así, KLOSTERMANN que, aun reconociendo la falta de objeto corporal del derecho, considera que el carácter absoluto del mismo permite incluirlo entre los derechos reales (op. cit., p. 114); DERNBURG lo sitúa entre los «Gewerberecht» (op. cit., p. 717), categoría de perfiles difusos y a la que se caracteriza sobre todo por reservar una parcela de actividad al titular del derecho y por el contenido eminentemente negativo o excluyente del mismo; en el caso concreto del «Urheberrecht», puntualiza DERNBURG que el contenido patrimonial característico del derecho (p. 720: «Es gehört demgemäss zu den Vermögensrechten, da sein Hauptinhalt ein wirtschaftlicher ist») no está reñido con la consideración de intereses «de signo distinto» (p. 720).

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

¹⁶⁵ Así lo entendió DAMBACH: «... das Gesetz... [verbietet] jede Publikation des Werkes wider seinen Willen...» (DAMBACH op. cit., p. 13). *Vid.* también ORTLOFF, op. cit., p. 320; DAHN, op. cit., p. 46; KLOSTERMANN op. cit., p. 373; DERNBURG pp. 720, nota 3; 739.

¹⁶⁶ Frente a la deficiente protección de la obra inédita en la Ley española de 1879 (arg. ex arts. 8.º; arts. 36 y ss. de la Ley de 1879).

¹⁶⁷ «Car même chez les auteurs hostiles aux théories “personnalistes”, c’est le caractère particulier du droit d’auteur ou les intérêts spéciaux engagés qui les décident à nier la saisissabilité du monopole» (STRÖMHOLM, op. cit., p. 253).

¹⁶⁸ «Hierüber ist man im Wesentlichen einig» (GIERKE, op. cit., p. 813, nota 39). Así, DAMBACH: «... dass der Urheber nicht wider seinen Willen zur Herausgabe eines Werkes im Wege der Exekution gezwungen werden könne» (op. cit., p. 13); DERNBURG: «Dagegen nimmt man gewöhnlich eine weitgehende Exemption des litteraris-

si ello es sólo aplicable a la obra inédita o incluso también a la obra publicada, de manera que el autor ni siquiera podría ser obligado por sus acreedores a realizar nuevas ediciones de la misma ¹⁶⁹.

2. Las construcciones alternativas a la «geistiges Eigentum»

Hemos ido poniendo de relieve hasta aquí cómo iban señalándose rasgos específicos del derecho sobre la obra intelectual, sin que de la suma de todos ellos resultase la consideración de la institución con carácter unitario y autónomo ni, por consiguiente, se hubiese llegado a formular una construcción alternativa a la de la propiedad del autor. Ello no se produce hasta las dos últimas décadas del siglo XIX ¹⁷⁰, con la teoría de los bienes inmateriales de Josef Kohler y la construcción del derecho de la personalidad de Otto von Gierke, que se centran, respectivamente, en cada uno de estos dos grandes rasgos negativos del derecho de autor que hemos puesto de relieve: en el carácter incorporal del objeto, Kohler y en el carácter extrapatrimonial de la relación entre el autor y su obra, von Gierke.

2.1. EL DERECHO SOBRE BIENES INMATERIALES

Comúnmente se atribuye a Josef Kohler ¹⁷¹ el mérito de la elaboración de una categoría autónoma y de una definición en positivo del derecho de autor, como derecho patrimonial, emanci-

chen und künstlerischen Urheberrechts von der Exekution an.» (op. cit., p. 740, nota 12); KOHLER: «... dass das Individualrecht des Autors der Exekution entgegenstehe» («Die Idee... cit., p. 228).

¹⁶⁹ Así lo entiende, p. ej., GIERKE (op. cit., p. 813). Sin embargo, los autores que consideran —aun sin desconocer otro tipo de intereses— que el contenido patrimonial del derecho es el definitivo entienden que, después de una primera publicación, el derecho es ya ejecutable y pueden imponerse al autor nuevas ediciones. Así, DERNBURG: «Neue Auflagen werden die Gläubiger hiernach veranstalten können» (op. cit., p. 740, nota 12); KOHLER: «... solange der Autor das Werk nicht durch einen Publikationstat definitiv der Öffentlichkeit bestimmt hat; daß aber von diesem Moment an die Exekution gestattet sei und gestattet sein müsse.» (*Die Idee... cit.*, p. 228).

¹⁷⁰ De 1880 data el *Autorrecht* de KOHLER, si bien la formulación definitiva de su teoría de los *bienes inmateriales* se recoge en otra obra, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, de 1906. La primera edición del *Deutsches Privatrecht* de von GIERKE data de 1895.

¹⁷¹ Josef KOHLER (1849-1919). Sobre la figura de KOHLER, vid. SPENDEL, Günther, *Josef KOHLER. Bild eines Universaljuristen*, Heidelberg, 1983. Vid. asimismo KLEINHEYER, Gerd y SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989 (3. Auflage), p. 348, apdo. 60.

pado del de propiedad —a partir de una exposición sistemática de las diferencias entre uno y otro, pero sin olvidar el substrato común entre ambos—¹⁷² y el mérito de la definición de su objeto como bien inmaterial¹⁷³.

En el epígrafe siguiente, analizamos la construcción de von Gierke. Si no procedemos en paralelo exponiendo la tesis de Kohler es porque, como indicábamos al inicio de este capítulo, se ha prescindido de un estudio de las posiciones teóricas en sí mismas. Si nos detenemos en la tesis de von Gierke es por ese aludido propósito de contraste con el texto legal español de 1879 —que margina los intereses personales del autor en su obra— y la doctrina en torno a él desarrollada. No se suscita, en cambio, tal contraste respecto a la construcción de Kohler¹⁷⁴, puesto que, aunque tardía, tendrán sus tesis cierta resonancia en nuestro ámbito, sobre todo cuando en las postrimerías del régimen de 1879 se intente uncir al carro del derecho sobre bienes inmateriales la categoría autóctona de las llamadas «propiedades especiales»¹⁷⁵.

Por otra parte, la construcción de von Gierke no llegará nunca a quedar plasmada en un texto legal: a partir del siglo XIX, tendrán casi todas las modernas leyes del derecho de autor (y también los convenios internacionales, a partir del siglo XX)¹⁷⁶ a reconocer cada vez mayor protagonismo a la protección de los intereses personales del creador en su obra, pero ninguna ley adscribirá, como propugna von Gierke, el entero contenido del derecho de autor a la categoría de los derechos de la personalidad.

¹⁷² Vid. BAPPERT, op. cit., p. 292.

¹⁷³ Si la influencia de FICHTE contribuye primordialmente a la definición del objeto, la influencia de SCHOPENHAUER sirve, en cambio, a KOHLER para la calificación del mismo como «Immaterialgut»: el propio SCHOPENHAUER utiliza esta expresión en la obra *Neue Parerga und Paralipomena*, 1851, § 270 (la obra en cuestión no figura en las ediciones de obras completas de SCHOPENHAUER que hemos manejado; nos regimos entonces por un fragmento de la misma que transcribe el propio KOHLER en su *Deutsches Patentrecht*, edición de 1878, pp. 10-11).

¹⁷⁴ El contraste es aún menor si —como hacen algunos especialistas del «Urheberrecht»— se considera a KOHLER un continuador de la construcción de la «geistiges Eigentum» que adapta dicha tesis a las peculiaridades que ofrece un objeto incorporal. Así, ULMER, op. cit., p. 112; y, sobre todo BAPPERT, op. cit. p. 294: «Kohler hat die mehr *gefühlsmässige** erfaßte Lehre vom geistigen Eigentum zur wissenschaftlich begründeten Theorie vom Immaterialgüterrecht entwickelt und damit die Grundlage für das moderne Urheberrecht geschaffen.»

Vid. también la defensa que realiza el propio KOHLER de la «geistiges Eigentum», frente a los ataques de autores «personalistas» (*Die Idee...*, cit., pp. 197; 225-227).

* La cursiva es mía.

¹⁷⁵ Vid. *infra* V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL.

¹⁷⁶ En 1928, se incorpora a la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas el art. 6 bis, sede del llamado «derecho moral» de autor (vid. el Convenio de Roma de 2 de junio de 1928, de revisión de la citada Convención de Berna de 9 de septiembre de 1886).

Las tesis de Kohler encontrarán, en cambio, refrendo positivo a principios del siglo XX¹⁷⁷, en las Leyes alemanas de 1901 y 1907 y es en relación a ellas que ha de verse su influencia¹⁷⁸.

2.2. EL DERECHO DE AUTOR COMO UNO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

A Otto von Gierke¹⁷⁹ se debe la verdadera y acabada formulación del derecho de autor como derecho de la personalidad, con lo cual no sólo se produce por primera vez una opción clara y en sentido afirmativo en cuanto a la naturaleza de dicho derecho —es decir, a diferencia de lo visto hasta ahora, no se limita Gierke a adscribir dicho derecho «incómodo» a una categoría vacía—, sino que la propia especie de los derechos de la personalidad adquiere a partir de Gierke perfiles propios. Es decir, ya de entrada podemos indicar como su primera aportación o innovación que Gierke no se limita a señalar que el derecho de autor es *un derecho de la personalidad*, sino *uno de los derechos de la personalidad*.

El esfuerzo de Gierke¹⁸⁰ estriba en llenar de contenido dicha categoría, estableciendo un catálogo de bienes de la personalidad («*Persönlichkeitsgüter*»)¹⁸¹ o partes destacadas de la esfera personal del individuo, y seleccionando, para cada una de ellas, las facetas cuya protección incumbe al Derecho privado. Se trata en algunos casos, como pone de relieve von Gierke, de bienes ya protegidos por el Derecho público, pero hay una serie de aspectos, relativos a esos bienes, que el Derecho público no cubre¹⁸², cuya

¹⁷⁷ Si bien data de 1880 su monografía *Das Autorrecht...* —monografía extensa e inextricable: es una obra de más de trescientas cincuenta páginas sin un solo epígrafe; por eso se la cita poco—, la verdadera divulgación de sus tesis se verá facilitada por una obra posterior (*Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907), que las expone de modo más sistemático.

¹⁷⁸ A su vez, a las citadas Leyes alemanas de principios de siglo se debe la configuración de las facultades de explotación del autor, tanto en la vigente Ley alemana de 1965, como —a través de ella— en la Ley española de 1987. Es así que, de modo remoto, habría influido KOHLER en nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual. Sobre este extremo, *vid.* nuestra monografía *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, 1994 [en prensa].

¹⁷⁹ Otto von GIERKE (1841-1921). Sobre la figura de von GIERKE y su influencia en el pensamiento jurídico germánico, *vid.* KLEINHEYER-SCHRÖDER, *op. cit.*, pp. 96-101.

¹⁸⁰ Al margen de su esfuerzo por distinguir entre el *derecho general de la personalidad* y los *derechos de la personalidad*, lo que constituye, según se ha dicho (SCHEYING *op. cit.*, p. 524; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 1253), la parte más frágil de su construcción, por lo inoperante de dicha distinción fuera del terreno estrictamente dogmático y, en definitiva, por la falta de sustantividad de ese derecho general de la personalidad, ya que, al fin y al cabo, dentro del mismo incluye von GIERKE lo relativo a la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas.

¹⁸¹ Von GIERKE, *op. cit.*, p. 705.

¹⁸² «Der Staat schützt sie in erheblichem Umfange durch die Strafrechtsordnung

suma compone una categoría específica dentro del Derecho privado¹⁸³.

Por lo que hace al derecho de autor en concreto, Gierke afirma por primera vez la unidad en el contenido de dicho derecho; parte de la afirmación del derecho de autor como derecho de la personalidad en su conjunto¹⁸⁴. Mientras el modo de proceder frente a dicho derecho había sido hasta ahora la disección, a Gierke se debe su reconstrucción. En sentido inverso a los autores «personalistas», no se ciñe a poner de relieve los intereses no patrimoniales del autor en su obra¹⁸⁵, sino que, partiendo del propio objeto del derecho¹⁸⁶, de la obra como uno de los «Persönlichkeitsgü-

und gewährt ihnen zugleich in mannichfacher Weise seinen Verwaltungsschutz... Wo der staatliche Schutz versagt...» (GIERKE, op. cit., pp. 705-706). Para cada uno de los bienes de la personalidad, señala GIERKE qué aspectos incumben al Derecho privado (vid. op. cit., pp. 709-717). Así, serían éstos, para los bienes jurídicos primarios (que son el objeto de los «oberste Persönlichkeitsrechte») vida, honor e integridad física, las obligaciones de reparación derivadas de la infracción de los mismos; para el bien jurídico libertad, las restricciones de su ejercicio a que voluntariamente, mediante la celebración de negocios jurídicos (v. gr., arrendamiento de servicios) se somete el propio individuo. Por otra parte, incluye asimismo en el haz de derechos de la personalidad los derivados de la pertenencia a un estado o categoría de personas —ya sea por nacimiento (la nobleza) o con carácter adquirido (la pertenencia a una confesión religiosa)—, en la medida en que garantizan a la persona una posición jurídica singular en sus relaciones individuales que ha de ser respetada por todos. A continuación, se refiere al derecho al libre ejercicio de una actividad, que tendría como manifestaciones de Derecho privado, p. ej. el derecho a la clientela y los de monopolio de una determinada actividad económica (en lo que a estos últimos se refiere son derechos de la personalidad, puesto que amplían la esfera personal de su titular a costa de una restricción de la libertad general). También constituyen una clase de derechos de la personalidad los derechos sobre los signos externos de la personalidad (nombre y signos comerciales). Y, por último, sin indicar en sede general de los derechos de la personalidad el fundamento o razón de ser de los mismos— como ha ido haciendo con los anteriores —ni vincularlos con los otros bienes de la personalidad contemplados previamente, se refiere GIERKE a los derechos sobre las producciones del espíritu, de los que dice simplemente en este apartado que merecen «nähere Erörterung», dedicándoles efectivamente un capítulo específico.

¹⁸³ «Die Persönlichkeitsrechte müssen daher auch begrifflich heute als eine eigene Kategorie der besonderen Rechte anerkannt werden und fordern gebieterisch die ihnen gebührende Stelle im System» (op. cit., p. 704).

¹⁸⁴ «Das Urheberrecht ist somit in seinem ganzen Umfange als ein aus geistiger Schöpfung fließendes Persönlichkeitsrecht zu konstruieren» (op. cit., p. 764).

¹⁸⁵ Así lo hace constar GIERKE, que reprocha a las anteriores construcciones personalistas de autores como BLUNTSCHLI, DAHN y ORTLOFF haber ofrecido amplia superficie de ataque a sus adversarios —es decir, los partidarios de la adscripción patrimonial del derecho—, por la falta de claridad en cuanto a la naturaleza del derecho y por haber desatendido su objeto (von GIERKE, op. cit., p. 765).

¹⁸⁶ A pesar de que GIERKE considera asimismo que fue KANT el primero en referirse al derecho del autor como derecho de la personalidad (GIERKE, op. cit., p. 764), su línea de razonamiento está mucho más cerca de HEGEL, puesto que dicho filósofo había extraído asimismo, del propio objeto del derecho, determinados aspectos de su contenido personal, en concreto, la facultad del autor de introducir, de por vida, modificaciones en la propia obra: «Er hat mit dem produzierten* Werk seine Vorstellungsweise, seinen Geist, seine Gedanken, sich selbst gezeigt für Andere, sei-

ter»¹⁸⁷ de su autor —en tanto que exteriorización de su espíritu—, explica el porqué de esos intereses¹⁸⁸, que forman parte de un derecho que otorga al autor el señorío exclusivo sobre dicho bien de su esfera personal.

La facultad primaria y matriz de ese derecho es la de disposición de la obra¹⁸⁹, que consiste en el poder de decidir si —y cuándo y cómo— ese producto del espíritu ha de desprenderse de la persona de su autor¹⁹⁰. Si dicha decisión se adopta en sentido positivo —decidiendo divulgar la obra—, el derecho del autor experimenta necesariamente una compresión en su contenido¹⁹¹ —ya que la obra se separa así hasta cierto punto de la persona de su autor, y, además, la comunidad adquiere desde ese momento cierto derecho sobre ella, de manera que a partir de entonces se hace necesario deslindar el derecho del autor y el común sobre la obra—¹⁹². Subsiste aun así la facultad de disposición (sobre todo por lo que hace a decisiones sobre sucesivas divulgaciones), porque subsiste también el vínculo subjetivo entre el autor y su obra. Dicha facultad es en sí misma inalienable; sólo se transmiten facultades parciales de su ejercicio, que, a imagen y semejanza del derecho de propiedad, se consolidan, una vez extinguidas, en el derecho madre, haciendo recobrar a éste su plenitud¹⁹³.

A partir de esa facultad de disposición, se explican todos los demás elementos del contenido del derecho, tanto de carácter positivo como negativo (es decir, los poderes tendentes a llevar a cabo por sí mismo actividades de divulgación de la obra¹⁹⁴ y los

ne Subjektivität. Und wie er sich zeigt ist es ein Gebilde worin er sich gegeben hat, woran er noch ändern kann, solange er lebt hat er noch nicht das letzte Wort gesprochen» (*vid.* HEGEL, *Vorlesungen...* cit., tomo IV, p. 236).

* «produzirten», por «produzierten».

¹⁸⁷ «Das Urheberrecht ist ein Persönlichkeitsrecht, dessen Gegenstand ein Geisteswerk als Bestandtheil der eigenen Persönlichkeitssphäre bildet.» (*op. cit.*, p. 756).

¹⁸⁸ Sin añadir en cuanto a las características del derecho que se habían venido señalando con anterioridad nada sustancialmente nuevo. Lo que ocurre es que la explicación unitaria de GIERKE sirve para asignar a cada cosa —en concreto, a las distintas facultades que otorgan las leyes de 1870-76— su lugar.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, p. 766.

¹⁹⁰ Este poder no es distinto de la decisión privativa en cuanto a la comunicación de la obra que a partir de KANT habían ido poniendo de relieve todos los autores (*vid.* nuestra p. 129).

¹⁹¹ *Vid.* von GIERKE, *op. cit.*, pp. 767; 789.

¹⁹² Por ejemplo, en cuanto a su posible utilización para realizar a partir de ella nuevas creaciones originales (pp. 767; 795 y 799).

¹⁹³ *Op. cit.*, p. 708: «... und zu seinem Mutterrechte in einem ähnlichen Verhältnisse steht, wie ein begrenztes dingliches Recht zum Eigenthum»; p. 809: «Die Substanz des Urheberrechts bleibt stets beim Urheber zurück. Sobald daher ein von ihm veräußertes Recht erlischt, wachsen die weggegebenen urheberrechtlichen Befugnisse dem Urheber von selbst wiederum zu.»

¹⁹⁴ Las posibles actividades sobre la obra se enumeran en la obra de GIERKE, parece que sin ánimo exhaustivo, en pp. 789 y ss. y son —con reparos, como ya veremos— las de las Leyes de 1870-76.

tendientes a impedir a otros esos mismos actos)¹⁹⁵; tanto de carácter personal como patrimonial. Y es que, en efecto, a partir del momento en que el autor decide dar a conocer su obra divulgándola, desarrolla su derecho un contenido de carácter patrimonial¹⁹⁶, ya que se abre así la posibilidad de obtener ganancias de aquélla. Con carácter originario, el derecho sobre las mismas incumbe sólo al autor, de manera que cualquier tercero que pretenda un derecho pecuniario sobre la obra habrá de traer causa del autor¹⁹⁷.

También la duración limitada del derecho encaja perfectamente en el sistema de Gierke: no se trata de un derecho perpetuo —y la norma positiva se limita en este punto, según Gierke, a regirse por la propia naturaleza del derecho—¹⁹⁸ dado el carácter precedero de las relaciones entre el autor y su obra¹⁹⁹. Tras la muerte del autor, los días del derecho están contados y si no se extingue ya entonces es²⁰⁰ en beneficio de los allegados al autor («seine Angehörige») que, por su proximidad a la esfera personal de éste, todavía han de tener un cierto poder de disposición sobre la obra, aunque limitado temporalmente²⁰¹.

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

Sin embargo, precisamente por ese carácter global y lineal de la explicación, por lúcida y coherente que ésta sea en abstracto, se echa en falta, en ocasiones, que lo que parecen intuiciones geniales de Gierke sea contrastado, de forma apurada, con el estado del Derecho positivo. Se detectan, en efecto, determinados

¹⁹⁵ Op. cit., p. 789.

¹⁹⁶ «Das Urheberrecht kann sich jedoch unbeschadet seines personenrechtlichen Kernes zugleich zum Vermögensrechte entfalten» (op. cit., p. 766); «Das Verlagsrecht bleibt Ausfluss des Urheberrechts, wie der väterliche Niessbrauch Ausfluss der väterlichen Gewalt...» (op. cit., p. 706, nota 12).

¹⁹⁷ Op. cit., p. 766.

¹⁹⁸ Op. cit., p. 762.

¹⁹⁹ En el capítulo dedicado a los derechos de la personalidad en general, no introduce GIERKE ningún tipo de explicación en cuanto a la distinta duración de unos y otros de esos derechos; se limita a constatarla, reconociendo que no todos ellos decaen con el sujeto portador y que, por el contrario, se extinguen algunos antes de su muerte (op. cit., p. 708).

²⁰⁰ Además de porque, «in Folge der Zerbrechlichkeit des menschlichen Daseins», las condiciones de su disfrute serían entonces sumamente aleatorias (op. cit., p. 768).

²⁰¹ «... das Gesetz will den Autor in der nächsten Generation der Erben noch fortleben lassen» (op. cit., p. 768, nota 73).

puntos de fricción con respecto al mismo, sin que Gierke se preocupe en explicar o justificar el porqué de dichas discrepancias. Sin ir más lejos, determinadas facultades sobre la obra que Gierke considera que corresponden de modo originario al autor no se le reconocen o no se le reconocen incondicionadamente en las leyes de 1870 y 1876²⁰². Tampoco se deja arredrar Gierke, por ejemplo, en su explicación de la duración limitada del derecho, basada exclusivamente en la vinculación de la obra con la persona de su autor, por el hecho de que las distintas legislaciones concedan plazos de duración diferentes, algunos de ellos desvinculados de la duración de la vida del autor²⁰³.

La crítica más generalizada que se hace a la construcción de Gierke es su carácter excesivamente unilateral —análisis de todos los fenómenos desde la perspectiva de los intereses ideales del autor— y el escaso desarrollo de la vertiente patrimonial de la obra y el derecho²⁰⁴. Es cierto que la obra está vinculada a la persona de su autor, pero también lo es que cobra existencia independiente de aquél²⁰⁵, no sólo a partir de la publicación, sino ya incluso desde el momento de la creación —como exteriorización del pensamiento que puede ser objeto de derecho—. Y, además, la obra es asimismo un bien patrimonial y, como tal, funciona en el tráfico con autonomía. La concepción de Gierke del derecho patrimonial o de los aspectos patrimoniales del derecho del autor como aspecto o aspectos secundarios olvida, cuando menos, que, históricamente, los primeros intentos de articular el derecho de dicho sujeto iban destinados a proteger ese tipo de intereses²⁰⁶.

²⁰² Así, la facultad de traducción que GIERKE considera propia del autor sólo se le reconoce a éste en la Ley de 1870 si se la ha reservado expresa y formalmente [§ 6.c) «Reichsgesetz» de 1870]. Y, en cuanto a la facultad de exposición pública de la obra plástica, que señala también GIERKE como privativa del autor, no está contemplada entre las que la «Reichsgesetz» de 1876 reconoce al autor, sino que incluso parece negársele, dado que el § 8,II de dicha Ley establece que el propietario del original de la obra plástica no está obligado a ponerlo a disposición del autor o su causahabiente a efectos de ejercicio de su derecho.

²⁰³ «Doch wird es auch dadurch nicht verdunkelt, dass ausnahmsweise theils der Bestand eines Urheberrechtes überhaupt theils dessen Schutz in einer bestimmten Richtung durch einen unabhängig von der Lebensdauer des Urhebers abgemessenen Zeitraum begrenzt wird.» (op. cit., p. 769).

²⁰⁴ Vid. ULMER, op. cit., p. 111; STRÖMHOLM, op. cit., p. 330; HUBMANN, Heinrich, *Urheber- und Verlagsrecht*, op. cit., p. 20.

²⁰⁵ Como señala ULMER, refiriéndose a la rigidez del vínculo autor-obra en GIERKE, «Das Verhältnis des Urhebers zum Werk ist nicht das Verhältnis zu sich selbst, sondern das Verhältnis zu einem geistigen Kinde, das seine eigene Bestimmung und seine eigenen Schicksale hat» (op. cit., p. 111).

²⁰⁶ Y, en realidad, así lo reconoce el propio von GIERKE sin paliativos (op. cit., p. 759).

III. LA ELABORACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879

A los treinta años de vigencia de la Ley sobre propiedad literaria de 1847, en 1876, un grupo de intelectuales españoles (entre ellos, el poeta Gaspar Núñez de Arce y el político y ensayista Emilio Castelar)²⁰⁷, que a la vez eran Diputados del Parlamento español²⁰⁸, elevan al Congreso de los Diputados una Proposición de Ley, elaborada por el jurista y Vocal de la Comisión General de Codificación, Manuel Danvila Collado (1830-1906)²⁰⁹, con el sólo propósito de convertir la propiedad intelectual o derecho de los autores en derecho de carácter perpetuo²¹⁰.

²⁰⁷ El primero de ellos, Presidente de la «Asociación de Escritores y Artistas españoles»; miembros ambos del Comité de Honor de la «Asociación Literaria y Artística Internacional», fundada por Victor HUGO a partir del Congreso internacional literario celebrado en París en junio de 1878, con motivo de la Exposición universal (*vid. Association littéraire et artistique internationale. Son histoire-Ses travaux. 1878-1889*, París, 1889).

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

²⁰⁸ «Nuestra ley... Correspondió a tiempos en que la política fraternizaba con las letras y, por ello, los legisladores, en su calidad de autores o poetas sentían como propia la legítima aspiración de amparar las obras del ingenio» (FORNS, José, «Temas de propiedad intelectual. Fuerza obligatoria del Registro», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 640/645).

Merece, en efecto, ser destacada la intervención de algunos intelectuales del siglo XIX (literatos sobre todo) en defensa de sus derechos. En Francia, es notorio el compromiso de Victor HUGO con la «propiedad literaria» (*vid.* nota anterior). No menos importante fue la labor de Honoré DE BALZAC, quien siguió muy de cerca las iniciativas legislativas. Con motivo de la redacción (en 1836) y de la discusión parlamentaria (en 1841) de un Proyecto que no fue ley, publicó sendos escritos («Sur les questions de la propriété littéraire et de la contrefaçon», de 30 de octubre de 1836 y «Notes remises à Messieurs les Députés composant la Commission de la loi sur la propriété littéraire», de 3 de marzo de 1841; *vid. Oeuvres complètes de Honoré de Balzac*, París, 1940, tomo III [«Oeuvres diverses»], pp. 16 y ss.; 417 y ss.). En BALZAC, la defensa de la «propiedad literaria» no es retórica, puesto que, a diferencia de otros literatos, sabe razonar y expresarse en términos jurídicos (era «Bachelier en Droit»): «Je demande donc l'assimilation absolue de la propriété littéraire à la propriété telle qu'elle est définie par le Code civil... N'oubliez pas, Messieurs, qu'en ce moment la propriété telle que le Code civil l'a constituée, en continuant le droit romain... est l'objet des plus violentes attaques de la part de publicistes... En ce moment donc, soumettre la propriété littéraire à une concession temporaire, ce serait donner un premier avantage aux adversaires de la propriété, qui s'en armeraient, n'en doutez pas!» (*vid.* «Notes...» cit., pp. 417-418).

²⁰⁹ Contiene una breve biografía de DANVILA la obra cit. de LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, tomo 3 (Procedimiento penal), Madrid, 1945, p. 249, nota 12.

²¹⁰ *Vid.* en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1876, n.º 116,

Resulta que, a la hora de la verdad, cuando ya se había presentado el Proyecto a la Cámara y se había consultado a los sectores sociales implicados (otros autores españoles, figuras de la vida pública cultural española y juristas de reconocido prestigio)²¹¹, hubo que retroceder, porque, en el último momento, los Ministros del ramo —de Justicia y, sobre todo, el de Fomento, conde de Toreno—²¹² hicieron saber a ese grupo de Diputados que no era del agrado del Gobierno que se regulase como perpetua la propiedad intelectual²¹³, de manera que éstos, sin esperar a la decisión del Parlamento y dejándose así presionar, incorporaron en el último momento al Proyecto inicial un plazo de duración del derecho (vid art. 6 de la Ley de 1879)²¹⁴⁻²¹⁵.

de 6 de noviembre, el art. 2.º de la citada Proposición de Ley: «La propiedad intelectual se rige por el mismo derecho regulador de las demás propiedades, y como éstas es perpetua y no admite más limitaciones que las impuestas por la ley o por la voluntad de los que la tienen.»

²¹¹ Entre los últimos, Manuel COLMEIRO, José VICENTE y CARAVANTES y Benito GUTIÉRREZ (vid. en DANVILA COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, p. 201, la crónica de la sesión de consulta celebrada por dicha comisión parlamentaria).

²¹² El Ministro de Fomento, C. Francisco Queipo de Llano, conde de Toreno, es hijo del también conde de Toreno que, como Diputado de las Cortes de Cádiz, intervino durante la discusión del Decreto de 1813, relativo a la propiedad de los autores, aprobado por dichas Cortes (vid. *supra* nuestro epígrafe relativo a los «Precedentes» de la Ley sobre propiedad literaria de 1847).

²¹³ No constan las razones de esa decidida oposición gubernamental a la perpetuidad de la propiedad intelectual. Remontándonos a preocupaciones más generales de la época, cabe pensar que sobre la regulación de esta materia en concreto planeaba también el fantasma de la vinculación de bienes. Incorporado al libre tráfico, en virtud de la Ley de 1847, un nuevo tipo de bienes (las «obras del ingenio»), repugnaba a la mentalidad del siglo XIX —incluso una vez superada la fiebre desamortizadora, períodos conservadores como la Década moderada y la Restauración siguen manifestando esos mismos recelos— que hubiesen de quedar éstos adscritos con carácter indefinido a un determinado sujeto y sus descendientes. Confirmarían tal explicación los argumentos con que DANVILA COLLADO, redactor de la ley, intenta desechar tales temores. Según DANVILA, la libre transmisibilidad del derecho de propiedad intelectual impediría que, no obstante su perpetuidad, quedase constituido el temido «mayorazgo» o vinculación de bienes dentro de una familia: «...Esa vinculación perpetua de la obra en la familia del que la produjo, tendría muchos inconvenientes si de vincular se tratara; pero no se trata de eso, sino de propiedad de libre disposición» (vid. el Preámbulo de su Proposición de Ley en el Diario de Sesiones del Congreso de 1876, n.º 116, de 6 de noviembre).

No obstante, el resultado definitivo acabaría siendo aún más proclive a la vinculación de bienes, que la perpetuidad del derecho rechazada por el Gobierno, pues, más adelante, la Comisión dictaminadora del Senado consiguió que prosperase la reversión de la obra a favor de los herederos del autor, fijando una duración máxima al derecho de los adquirentes *inter vivos* de éste (vid. el art. 6.º de la Ley de 1879).

²¹⁴ Vid. el Dictamen de la Comisión del Congreso sobre la Proposición de Ley inicial (Diario de Sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al n.º 49, de 4 de enero).

²¹⁵ El Proyecto Danvila pasó, después de presentado al Congreso, al trámite de Comisión dictaminadora del Congreso —de la que formaban parte prácticamente los

IV. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY

A pesar de quedar así frustrada la finalidad que la había hecho surgir, la Ley de 1879 representa ciertos avances ²¹⁶ respecto a la Ley de 1847 ²¹⁷, y, sobre todo, evidencia y se inscribe en una nueva época en la consideración del derecho de autor ²¹⁸.

A partir de este momento, se pretende que el recurso a la expresión «propiedad del autor» no constituya pura fórmula, sino que se quiere extraer de ella verdaderas consecuencias jurídicas, fundamentalmente la absoluta equiparación al derecho de propiedad ordinaria sobre bienes materiales, sobre todo en cuanto a la perpetuidad y garantías del mismo.

Ateniéndonos a las manifestaciones del propio artífice de la Ley, Manuel Danvila Collado, las conclusiones del Congreso internacional literario de París de 1878 ²¹⁹ constituyen el generador de la Ley de propiedad intelectual de 1879; la consideración, en definitiva, de que «la propiedad intelectual y la material, son apli-

mismos Diputados que lo habían presentado como Proposición de Ley—; el Dictamen de dicha Comisión no introdujo modificaciones sustanciales respecto a la Proposición inicial y fue aprobado sin discusión por el Pleno de la Cámara. Acto seguido, pasó a la Comisión del Senado (*vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1878, apéndice IV al n.º 102, de 11 de diciembre) que, aunque escasas, introdujo algunas modificaciones que contribuyeron a mejorar el Proyecto (*vid. infra* nota 227). El Dictamen de la Comisión del Senado fue discutido por el Pleno de la Cámara durante una única sesión (de 16 de diciembre de 1878; *vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1878, n.º 106) y, por diferencias entre los propios Senadores, se decidió constituir una Comisión mixta Congreso-Senado (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1878, n.º 154, de 19 de diciembre), de la que salió, con sólo algunos cambios de redacción, el texto definitivo, promulgado el 10 de enero de 1879.

²¹⁶ Internacionalmente se la saludó en su tiempo como uno de los textos más liberales del momento: «Prenant pour texte une loi toute récente, qui a eu l'initiative et l'honneur de cette déclaration libérale de la presque pérennité des propriétés de l'esprit, nous avons demandé, avec le législateur espagnol...la loi récemment votée, laquelle est l'oeuvre la plus libérale qui existe actuellement...» (*vid. Journal du Droit international privé*, 1879, pp. 471 y 475, que transcribe una carta de la «Société des gens des lettres» al ministro de Asuntos Exteriores francés).

²¹⁷ «... la ley novísima ha dado a la propiedad intelectual mayor importancia que la de 1847...» (así FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, en *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1880 [2.ª ed.], tomo II, p. 68).

²¹⁸ El contraste entre los dos períodos que configuramos se pone de relieve confrontando las conclusiones del ya citado Congreso de París de 1878 (*vid.* nota 207) con las del primer Congreso de la propiedad literaria y artística, celebrado en Bruselas en 1858 (*vid.* MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 71, p. 504). Mientras que dicho Congreso se clausuró proclamando «la propiedad temporal y limitada del autor sobre sus obras» —lo cual no dejaba de representar un verdadero paso al frente, si se piensa que entonces todavía estaba en juego la existencia del derecho—, fueron las principales conclusiones del Congreso de París:

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

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

²¹⁹ *Vid.* nota anterior.

caciones de una misma idea, la idea general y abstracta de la propiedad»²²⁰.

Aun así, las especialidades del derecho de autor, que de modo tan escrupuloso y depurado iban poniéndose de relieve en ese último tercio del siglo XIX²²¹, no fueron por completo ignoradas en nuestro ámbito. Antes bien, por lo que hace al carácter incorporal del objeto del derecho de autor y a la emancipación del derecho sobre ese objeto (la obra en sí), del derecho que recae sobre el objeto físico que constituye su soporte, contiene nuestra Ley una declaración que no se encuentra en otros textos del Derecho comparado de aquel momento²²². Nos referimos a la declaración de su art. 9.º, que pretende dejar a salvo el derecho del autor de una «obra de arte» frente al adquirente de su soporte material: «La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a su derecho-habiente»²²³.

Al parecer, si nuestra Ley contiene tal declaración, es porque también constituía una de las conclusiones del referido Congreso literario de París de 1878²²⁴.

En cuanto al otro flanco de la «especialidad» del derecho²²⁵, la existencia de intereses no patrimoniales del autor en su obra²²⁶,

²²⁰ Vid. DANVILA, op. cit., pp. 69-70; p. 593.

²²¹ Vid. *supra* el epígrafe «LA ELABORACIÓN CIENTÍFICA...»

²²² En la legislación francesa, p. ej., no se formula una declaración parecida sino bastante después, por Ley de 9 de abril de 1910 relativa «à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des oeuvres d'art».

Sí, en cambio, en la «Reichsgesetz» de 1876, relativa al derecho de autor sobre obras plásticas («Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste», de 9 de enero de 1876). Vid. así su § 8 I: «Wenn der Urheber eines Werkes der bildenden Künste das Eigenthum am Werke einem Anderen überlässt, so ist darin die Übertragung des Nachbildungsrechts fortan nicht enthalten, bei Portraits und Portraitsbüsten geht dieses Recht jedoch auf den Besteller über». El citado precepto de la Ley alemana de 1876 representa, pues, una superación de la Ley prusiana de 11 de junio de 1837, que a este mismo respecto había sostenido el principio contrario (según sus párrafos 26 y 28, la enajenación del original de una obra de arte comportaba, salvo pacto en contrario, la transmisión al adquirente del derecho exclusivo de reproducirla).

²²³ Compárese esta declaración de la Ley de 1879 con lo expuesto *supra* en relación a la anterior Ley de 1847 (vid. el epígrafe CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE 1847).

²²⁴ Así lo indica MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 72, p. 72 y lo confirma el hecho de que no figuraba la declaración del art. 9.º en la Proposición inicial de Ley presentada por DANVILA al Congreso de los Diputados en noviembre de 1876; tampoco figuraba la misma en el Proyecto salido del Congreso en enero de 1877 y sí, en cambio, estaba ya ese art. 9.º en el Proyecto presentado por la Comisión del Senado al Senado en diciembre de 1878, *después*, por tanto, de haberse celebrado el Congreso internacional literario que tuvo lugar en París en junio de 1878.

²²⁵ Vid. también al respecto el capítulo anterior.

²²⁶ «Desde luego la propiedad intelectual tiene dos aspectos diferentes que no

existe un tenue reconocimiento de ellos, más que en la Ley (*vid.* su art. 44 considerado, inexactamente, sede del llamado «derecho de inédito»), en el Reglamento dictado después en ejecución de la misma (R.D. de 3 de septiembre de 1880. Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual; *vid.* sus arts. 66,2; 69; 85; 86; 87 y 93, en los que se detecta cierto reconocimiento del derecho del autor a la paternidad y a la integridad de su obra y del llamado «derecho de arrepentimiento») ²²⁷.

Pero, si bien se detectan también en nuestro ámbito esas notas especiales del derecho de propiedad intelectual, el modo de proceder respecto de ellas es totalmente distinto del que se vio para el ámbito germánico. Antes que sacar consecuencias de esas notas diferenciadoras a efectos de nueva adscripción del derecho, se pretende, por el contrario, obviarlas con el fin de poder seguir manteniendo la consideración del derecho de autor como propiedad. El único problema dogmático en nuestro ámbito, entre los escasos juristas, además, que consideraron que el tema de la propiedad intelectual merecía algún tipo de atención ²²⁸ era, hemos de reiterarlo, el de la perpetuidad o no del derecho.

pueden desconocerse: el aspecto del lucro y el de la gloria; cuando la propiedad común u ordinaria no tiene más que uno» (así Leopoldo Augusto de Cueto, marqués de Valmar, de la Comisión del Senado que dictamina sobre el Proyecto de Ley de propiedad intelectual. *Vid.* el Diario de Sesiones del Senado de 1878, n.º 106, de 16 de diciembre, p. 1939).

²²⁷ El escaso reconocimiento que de ese tipo de intereses se encuentra en la Ley de 1879 y su Reglamento de 1880 se debe a la Comisión dictaminadora del Senado y a la Comisión que redactó el Reglamento. Ambas Comisiones se esforzaron por mitigar el rigor «patrimonialista» del Proyecto surgido del Congreso.

²²⁸ Menos todavía eran los tratadistas españoles que tenían noción de los esfuerzos que se hacían en otros ámbitos por consolidar una nueva orientación en la consideración del derecho: «... hay autores, como la generalidad de los jurisconsultos alemanes, que rechazan tal tecnicismo [se refiere a la consideración del derecho como propiedad]... no se trata aquí de uno de aquellos derechos de la personalidad... y la razón de esta diferencia es que en estos casos no se trata de una garantía *in genere*, de amparar el ejercicio de una facultad nuestra, sino de un derecho concreto que nace con motivo de lo que es ya un objeto de propiedad concreto también y para obtener el cumplimiento de un fin económico...» (AZCÁRATE, op. cit., III, pp. 318-320); «Los que lo niegan... lo consideran como un derecho de la personalidad. Es cierto, como han dicho los partidarios de esta teoría, que es una extensión de la personalidad del autor; pero esto mismo es toda propiedad... En efecto, ambos derechos no están aislados y sin enlace alguno, porque el derecho de propiedad... es consecuencia necesaria del derecho a la actividad aplicado al cumplimiento del fin económico. En este sentido, todo derecho de propiedad es extensión del derecho originario y absoluto de la personalidad...» (*vid.* MALUQUER y SALVADOR, loc. cit., tomo 71, p. 499).

V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL. LAS LLAMADAS «PROPIEDADES ESPECIALES»

Los datos que pueden extraerse en torno al derecho del autor sobre su obra a partir del análisis de su ley reguladora resultan de todo punto insuficientes. No nos proporciona dicha Ley una definición sincrética de ese derecho, sino que se limita a mencionar, sin ánimo exhaustivo y con motivo del examen más detenido de algunos de los tipos de obras que contempla, las facultades o modos más habituales de sacar partido de las mismas (art. 9 Ley: «obras de arte... derecho de reproducción y exposición pública»; art. 11: «discursos parlamentarios... ser reimpresos»; art. 16,1: «pleitos y causas... publicarlos»; art. 19,1: «obras dramáticas y musicales... ejecutar(las) en sitio público»; art. 23,1: «imprimir(las) y vender(las)»; art. 29 Ley: «periódicos... publicados»; art. 31 Ley: «escritos insertos en publicaciones periódicas... formar colección» y art. 16 Reglamento: «derecho de inserción»²²⁹).

Es más, las pocas ocasiones en que la Ley de 1879 se propone enunciados más generales y abstractos los utiliza precisamente para advertir de su falta de autonomía normativa. Así lo hace en los arts. 5.º: «La propiedad intelectual se regirá por el derecho común...»; y 37, segundo párrafo, que se refiere a los «beneficios que conceden esta Ley y el derecho común a la propiedad intelectual».

En realidad, esos dos preceptos constituyen la encarnación, ya dentro del propio texto legal, del espíritu con que el mismo había sido concebido: «Es indudable, pues, que la propiedad intelectual es una propiedad de orden común, y que para vivir no necesita otra cosa que el régimen de la ley general, por lo que es fácil comprender, que su constitución debe ser objeto de dicha ley y de una reglamentación que determine los medios prácticos de ejecutarla»²³⁰.

Por voluntad del propio legislador de 1879, si se quiere reconstruir no sólo el modo de ser del derecho en el momento en que se le dotó de tal regulación, sino también su evolución hasta el presente, dado que el derecho de autor ha subsistido hasta nuestros días en la forma en que la Ley de 1879 lo concibió²³¹, no

²²⁹ «Tales declaraciones ganarían efectividad ordenadora formuladas como enunciados generales, sin necesidad de vincularse a supuestos tan concretos como aquéllos en que se establecen...» (vid. BAYLOS CORROZA, *Tratado...* cit., p. 629).

²³⁰ Vid. el Preámbulo de la Proposición de Ley sobre propiedad intelectual, presentada al Congreso por DANVILA COLLADO y otros Diputados (Diario de Sesiones del Congreso de 1876, n.º 116, de 6 de noviembre).

²³¹ Y ello no obstante haberse mirado a la Ley del 79 en el momento de su promulgación como solución poco menos que transitoria y de mera transacción: «La comisión nombrada para examinar la proposición de ley... coincidió unánime... en

basta con lo que nos dice su Ley especial, sino que hemos de remontarnos a esa «ley general», a la que desde un primer momento se apela, y que acabará no siendo otra que el, poco después, promulgado Código civil, puesto que él será, en definitiva, el depositario de las normas del «derecho común de propiedad».

Esa vinculación entre la Ley de propiedad intelectual de 1879 y el Código civil de 1889, amén de deliberada y por razones sustantivas, se establece además sin necesidad de buscarla, dado que, desde el punto de vista cronológico, se inscribe aquélla en el *iter* que lleva a éste. La Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879 ha de ser contemplada, además de como cuerpo legal regulador de una determinada institución, como hito que se inscribe en una determinada etapa del proceso codificador español: la etapa de las «leyes especiales».

La resultante de esos dos factores —el material o sustantivo y el cronológico-legislativo— será precisamente la consagración en nuestro ordenamiento de la propiedad intelectual como propiedad especial o, mejor dicho, como una de las «propiedades especiales» (véase la rúbrica del Título IV, Libro II del Código civil), concepción que, al menos nominalmente, sigue aún hoy en vigor —porque lo está el Código civil y porque la propia Constitución española (art. 149.1.9) parece querer seguir manteniéndola—, coexistiendo con la nueva Ley sobre la materia.

1. La incorporación de la categoría al Código civil

Si la Ley de 1879 había dejado establecido que el derecho sobre «las obras literarias, artísticas o científicas» (art. 1.º Ley) que corresponde, fundamentalmente, al autor de las mismas —además de a otros sujetos a quienes la misma Ley lo atribuye por otros títulos (*vid.* sus arts. 2.º, 4.º y 6.º)— es derecho de propiedad, dirá el Código civil que ese derecho en cuestión constituye una «propiedad especial»²³². Ambas proposiciones no son —como

proclamar como *desideratum* de la ciencia y término de sus aspiraciones, la perpetuidad de la propiedad de los productos de la inteligencia... los sres. Ministros de Fomento y Gracia y Justicia... se opusieron resueltamente... Entre ambos extremos, creyeron los que suscriben que sin mengua de sus convicciones íntimas, podían aceptar una existencia temporal para la propiedad intelectual, por tiempo tal que representase un verdadero progreso y una prudente transacción...» (*Vid.* Dictamen de la Comisión del Congreso sobre la Proposición inicial de DANVILA, Diario de Sesiones del Congreso, de 1877, apéndice VII al n.º 49, de 4 de enero).

²³² Recuérdese el art. 5.º de dicha Ley, que con un tenor literal aún más expresivo de la concepción profesada por sus artífices y más próximo aún a la actitud que respecto a esa materia adoptará el propio Código civil, decía en la redacción con que el Congreso la remitió al Senado: «La propiedad intelectual, fuera de las especialidades establecidas o que en lo sucesivo se establezcan, se regirá por el derecho regulador de las demás propiedades, y no admite más limitaciones que las impuestas por la

se pone de relieve ya al formularlas— antagónicas, sino que, como en seguida se verá, es la segunda colofón de la primera.

La formulación de la categoría de las llamadas «propiedades especiales» —categoría, hemos de verlo también, desconocida fuera del ordenamiento y la ciencia jurídica española—²³³ no es anterior al Código civil. La existencia de leyes específicas, destinadas a regular las materias más tarde señaladas como objeto de las distintas propiedades especiales no comporta todavía la formulación de su concepto genérico. Dado lo dilatado y accidentado del proceso que culmina en el Código civil, hay que fijar en qué momento del mismo se opera el salto de la idea de objetos contemplados en leyes especiales, a la de «propiedades especiales».

Y, sin ningún género de dudas, es el Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 22 de octubre de 1881²³⁴ quien inicia esa parábola a que nos referimos. En efecto, establece su Base 2.^a: «Quedarán en vigor la Ley hipotecaria, la del Registro civil, la de minas, la de aguas y cualesquiera otras especiales que contengan disposiciones de carácter civil. El Gobierno, sin embargo, llevará al Código civil los preceptos sustantivos que haya en ellas, en la medida que la estructura del Código Civil lo exija. Sólo serán aplicables las disposiciones del Código Civil a los casos que se rijan por las leyes especiales cuando en éstas no hubiere reglas por las que no puedan ser resueltos.»

Fruto de esas coordinadas trazadas por la Base para la materia de que nos ocupamos será la introducción en el Libro II («De la división de las cosas y de la propiedad») del Proyecto de Código civil de 1882²³⁵ de un Título, el IV, que llevaba por rúbrica «De algunas propiedades especiales», siendo las allí contempladas la «De las Aguas», la «De los minerales» y la «propiedad intelectual».

Se pasa así de la «especialidad» de las leyes a la de las «propiedades» en ellas contempladas.

ley o por la voluntad de aquellos a quienes pertenece» (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1877, apéndice VII al n.º 49, de 4 de enero).

²³³ Como ya ha sido puesto de relieve: «El hecho de que al lado del concepto de propiedad aparezca la nota de especialidad... es un claro exponente de la sabia ponderación del genio creador de nuestra patria...» (Pedro Miguel G. QUIJANO, «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales», en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Madrid, 1961, tomo III, vol. 1.º, pp. 463 y ss.; *vid.* p. 464, nota 1; p. 467).

²³⁴ Proyecto redactado un año después de que el Decreto de 2 de febrero de 1880 (Decreto Bugallal) hubiese reanudado los trabajos para la redacción del Código civil, con Alonso Martínez como titular de la cartera de Gracia y Justicia y Presidente de la Sección civil de la Comisión General de Codificación.

²³⁵ Dicho Proyecto, como indicó el propio Alonso Martínez en la Exposición del mismo a las Cortes, surgía de resultas y, a la vez, estaba llamado a sustituir a las Bases de 1881 (*vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1882, apéndice VI al n.º 95, de 9 de mayo).

En el flujo y reflujo que experimentan las tareas de codificación, quedan detenidas las mismas en este punto²³⁶, siendo el Proyecto de Ley de Bases de 6 de mayo de 1885²³⁷ su siguiente resultado visible. En lo que a nosotros interesa, resulta ser dicho Proyecto una síntesis de los criterios mantenidos respectivamente por el Proyecto de Ley de Bases de 1881 y por el Proyecto de Código de 1882, dado que su Base 9.^a, además de mantener idéntica actitud en cuanto a las leyes especiales existentes, relativas a determinados objetos, suscribe la consideración como «propiedad» de los derechos contemplados en ellas²³⁸, fundiendo todo ello, además, con lo relativo al derecho de propiedad en general: «Se mantendrán el concepto de propiedad y la división de las cosas, el principio de accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del Derecho de Castilla, y se incluirán en el Código las bases en que descansan los *conceptos especiales de determinadas propiedades*, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas bajo el criterio de *respetar las leyes particulares por que hoy se rigen* en su sentido y disposiciones y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de *derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código*»²³⁹.

Dicha Base 9.^a fue aprobada sin discusión en el Senado en 1885²⁴⁰. En el Congreso, la discusión de todo el Proyecto en general fue bastante más azarosa y, desde luego, más larga²⁴¹; allí se discutió superficialmente sobre la Base 9.^a —convertida finalmente en la 10.^a de la definitiva Ley de Bases de 11 de mayo de

²³⁶ Por relevo en la cartera de Gracia y Justicia y, además y sobre todo, por el nuevo episodio que, en la lucha por la unidad legislativa, representan las discusiones para elaborar el Libro III en el seno de la Comisión General de Codificación (*vid.* los testimonios que, al respecto, cita LASSO GAITE, *op. cit.*, tomo 4, vol. I, pp. 397-398).

²³⁷ Parece que dicho Proyecto de Ley de Bases no surgió de la Comisión General de Codificación, sino que fue obra del propio SILVELA, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia (*vid.* LASSO GAITE, *id. Crónica...*, tomo 4, vol. I, p. 423).

²³⁸ La continuidad entre uno y otro Proyecto de Ley de Bases no se manifiesta únicamente en este punto, ni es casual, sino que, como declara el Ministro ponente del segundo, FRANCISCO SILVELA, se sigue en el segundo «el camino discretamente señalado por un Gobierno [el del período 1881-1882] de tendencias menos conservadoras que las nuestras». Los dos únicos puntos de fricción entre ambos textos se refieren sólo a dos cuestiones, si bien de capital importancia: el matrimonio y las condiciones en que había de subsistir la llamada «legislación foral» (*vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1885, apéndice al n.º 54 de 12 de enero).

²³⁹ Las cursivas son mías.

²⁴⁰ En la sesión de 13 de abril de 1885 (Diario de Sesiones del Senado n.º 98, de 13 de abril, p. 1819).

²⁴¹ Dado que, por circunstancias de la situación general del país, ajenas a la dinámica del proceso codificador, estuvo interrumpida la discusión en el Congreso entre el 19 de junio de 1885 y el 22 de marzo de 1888, en que se reanuda a partir de la Base 3.^a (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de esa última fecha, n.º 78, p. 2009).

1888—²⁴², pero no se la modificó, y, una vez aprobada ²⁴³, se volvió a tratar de la misma al examinar la Cámara la adecuación del Código civil ya publicado a las Bases ²⁴⁴.

El Código civil promulgado en 1889 presenta esta materia en cuestión de manera idéntica al Proyecto de Código de 1882, es decir, manteniendo ese Título IV «De algunas propiedades especiales» y siendo en concreto los arts. 428 y 429 del capítulo «De la propiedad intelectual» iguales al 433 y 434 de ese Proyecto ²⁴⁵.

2. El origen de la categoría. El porqué de su formulación

2.1. LOS OBJETOS REGULADOS POR LEYES ESPECIALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

Resulta, pues, que, por lo que hace a las «propiedades especiales», se aparta el Código civil del Proyecto de 1851, a pesar de ser éste, según la Base 1.^a de la Ley de Bases de 1888, el cuerpo legal en que debía inspirarse fundamentalmente el Código. La razón o razones de que uno y otro mantengan criterios diferentes sólo puede hallarse en lo acaecido en el período que media entre ambos. Y, dentro de ese dilatado lapso temporal, ya se ha visto la «responsabilidad» que, en cuanto a la formulación de la categoría, corresponde al Proyecto de Código civil de 1882.

De manera que, una vez fijado exactamente el momento de su formulación, vamos a ocuparnos de determinar el porqué de su aparición, lo cual no es tarea fácil. Ni que decir tiene que, no siendo éste de las «propiedades especiales» uno de los temas capitales de la Codificación en España, los designios del legislador con respecto a ellas sólo pueden ser reconstruidos con datos poco menos que indiciarios. Ello contrasta, de una parte, con la persistencia de la categoría en el tiempo y, de otra, con la absoluta

²⁴² Se convertiría en la 10.^a de la definitiva Ley de Bases al incorporarse al Proyecto en trámite de Comisión Mixta la actual Base 4.^a (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 107, de 1 de mayo, p. 3027).

²⁴³ La Base en cuestión fue aprobada en el Congreso en la sesión de 9 de abril de 1888 (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1888, n.º 88, pp. 2336-2337). La única modificación introducida con respecto al texto remitido por el Senado es la sustitución de la locución «derecho de Castilla» por la de «derecho patrio», que se debe a la primera Comisión dictaminadora del Congreso (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1885, apéndice 2.º al n.º 66, de 6 de junio de 1885).

²⁴⁴ *Vid.* por lo que se refiere a dicha Base los Diarios de Sesiones del Congreso de 1889, núms. 76, 77, 81, 82, 88.

²⁴⁵ Lo cual no es de extrañar, puesto que no sólo dicho Título IV, sino los Libros I y II de que se compone ese Proyecto parece que ya desde 1882, aunque de manera oficiosa, se consideraban definitivos (*vid.* Diario de Sesiones del Senado de 1889, n.º 36, p. 514; n.º 39, p. 576; *vid.* también LASSO GAITE, *Crónica...*, tomo 1, vol. 1.º, pp. 417-418).

sumisión con que ha sido acogida en nuestra doctrina y jurisprudencia —sobre todo como explicación de la naturaleza de los derechos de autor y de las normas a ellos aplicables—²⁴⁶.

No había en la sistemática del Proyecto de 1851 ningún epígrafe dedicado a lo que más tarde serían esas «propiedades especiales». Ahora bien, si se refería éste en distintos lugares a los bienes que componían los *objetos* de los que más tarde se predicarían las propiedades especiales: *aguas, minas y producciones del ingenio*. Así, en el capítulo rubricado «De los bienes considerados según las personas a quienes pertenecen» se refiere a las *aguas* en el art. 386,3.º, que remite a la Sección «De las servidumbres de aguas»; y en el art. 389,3.º, a «la propiedad y el uso de las *minas*», las cuales «se gobiernan por leyes y reglamentos especiales»²⁴⁷; y, por fin —como ya tuvimos ocasión de ver al ocuparnos de la Ley sobre propiedad literaria de 1847—, dentro del capítulo «De la propiedad en general», contenía el Proyecto un precepto, el art. 393, referido a «las *producciones del talento o del ingenio*», remitiendo para su regulación a «leyes especiales»²⁴⁸.

La dispersión de las normas referidas a tales materias apunta ya a que, para el legislador de 1851 muy poco de común debía de haber entre ellas. Lo único que constatamos es que, para algunos de estos objetos —minas y obras del ingenio—, se remite ya en este momento a una «legislación especial», que, suponemos, será la Ley de minas de 11 de abril de 1849²⁴⁹ y la Ley sobre propiedad literaria de 10 de junio de 1847, que eran las vigentes en estas materias en la época del Proyecto de 1851²⁵⁰. Esas disposiciones arrancan del período inmediatamente posterior a la se-

²⁴⁶ «... la doctrina... Lo recibe [el concepto de “propiedades especiales”] como un tópico que no es preciso razonar, pero ha de respetarse» (BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial*, cit., p. 407).

²⁴⁷ Concuera con este precepto el art. 394 del Proyecto, que establecía que «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella... con sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de Minas y en los reglamentos de policía».

²⁴⁸ En el estudio que dedicábamos a la Ley sobre propiedad literaria de 1847, señalábamos que la incorporación al Proyecto de 1851 de la referencia a las «producciones del ingenio» se debe a lo anteriormente dispuesto en la Base 25 de las Bases aprobadas por la Comisión General de Codificación y elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844. *Vid. supra* nuestro epígrafe «Contexto y proceso de elaboración de la Ley de 1847».

²⁴⁹ «Ley dictando disposiciones sobre el ramo de minas» (*vid. Colección de Decretos*, 1.º trimestre de 1849, Decreto n.º 219, Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras públicas).

²⁵⁰ También existían ya entonces manifestaciones de una legislación especial en materia de aguas; así, la «Ley de aguas de riego», de 24 de junio de 1849, precedente de algunos de los preceptos sobre servidumbres de aguas del Proyecto de 1851. A ella se refiere GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias...*, en el comentario general a la Sección *De las servidumbres de aguas* (*vid. p. 253*).

gunda época desamortizadora en nuestro país (1835-1841), lo cual significa que, desaparecidos, al menos sobre el papel, los últimos resabios de instituciones feudales, de «regalismo» —en expresión peyorativa de la época—, había sido necesario pronunciarse sobre el destino de esos objetos hasta entonces no susceptibles de libre apropiación por los particulares, sino administrados por un sistema de privilegios²⁵¹ y concesiones emanadas del poder real²⁵².

Ante estos nuevos objetos, se plantean siempre a la concepción liberal de quienes a partir de ahora hacen las leyes dos posibilidades extremas²⁵³: bien declarar la absoluta libertad de todos y cada uno para el aprovechamiento de dichos bienes —lo cual nunca se hará, porque hablamos de concepción liberal, no libertaria—, bien reconocerlos de manera absoluta y sin ningún tipo de cortapisas de la exclusiva propiedad de un único sujeto y, aunque siempre hay partidarios de esta última solución, se la acaba descartando por considerar que por esta vía se ponen en peligro otros principios del ideario liberal, como son la libertad y el fomento del progreso y de la cultura nacional²⁵⁴.

Se opta entonces en todos los casos por una solución intermedia²⁵⁵ que es la de, reconociendo el derecho exclusivo de deter-

²⁵¹ De manera significativa del tránsito de una a otra concepción, la disposición sobre obras literarias inmediatamente anterior a la Ley de 1847, el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1834*, habla simultáneamente «De la propiedad y privilegios de los autores y traductores» (Título IV).

* Nos referíamos a tal disposición en el epígrafe consagrado *supra* a los «Precedentes legislativos» de la Ley de propiedad literaria de 10 de junio de 1847.

²⁵² Veáanse los Títulos 15, 16 y 17 del Libro VIII de la «Novísima Recopilación», a los que ya nos referimos *supra* en el epígrafe «LA ETAPA DE LOS PRIVILEGIOS». Veáanse también los Títulos 18, 19 y 20 del Libro IX de la misma, reguladores de las «minas». Las «aguas», que tanta importancia legislativa adquieren después, no aparecen, en cambio, como objeto especial en las normas sistematizadas en los títulos y libros de la «Novísima Recopilación».

²⁵³ Sobre esa misma disyuntiva para el legislador francés cuando se vio en idéntica tesitura, *vid.* SAGNAC, Philippe, *La législation civile de la Révolution Française* cit., pp. 193-195; el propio autor señala que no fue éste de la legislación especial sobre dichos objetos un fenómeno exclusivo de Francia.

²⁵⁴ *Vid.* p. ej. en los extractos de la discusión parlamentaria de nuestras Leyes sobre propiedad intelectual de 1847 y 1879 que hemos ido transcribiendo a lo largo de nuestra exposición cómo se rechaza la pretendida perpetuidad del derecho en aras de la cultura y del progreso colectivos.

²⁵⁵ Así, para los principales comentaristas de la legislación sobre propiedad intelectual, adopta ésta un sistema intermedio entre la negación del derecho privativo de un único sujeto y su absoluta equiparación a la propiedad ordinaria: «... tratándose de una institución nueva y no habiendo principios fijos de que se dedujera un criterio seguro para resolver la cuestión, era natural que se aceptara una de esas soluciones intermedias...» (AZCÁRATE, op. cit., tomo II, pp. 324-325); «La cuestión está, pues, decidida en contra del privilegio y en favor de la propiedad... Siendo esto así ¿por qué se limita esta propiedad? ¿Por qué no se hace perpetua? Responderemos a esto que no porque tenga señalado un límite han podido los legisladores desconocer o menoscabar el derecho. La ley ha preferido... declarar al autor dueño exclusivo del derecho de reproducción por tiempo más o menos largo...» (GUTIÉRREZ, op. cit., p. 498);

minados sujetos sobre dichos bienes —normalmente, el autor de una obra del intelecto, el propietario del suelo en el caso de las minas o del predio del que manan en el de las aguas—²⁵⁶, someter la adquisición, ejercicio y goce de tales derechos a las condiciones que, al efecto, señala el Estado. Precisamente para marcar distancias con el Antiguo Régimen, estas disposiciones de inspiración liberal designan como «propiedad» a los derechos que ahora se reconocen a los particulares sobre estos bienes, si bien —ya lo señalamos al principio de estas páginas al referirnos al cambio de óptica de la Ley de propiedad intelectual de 1879 respecto a la de propiedad literaria de 1847— sin ningún tipo de pretensiones técnicas ni haciendo cuestión de principio sobre su naturaleza jurídica de derecho de propiedad²⁵⁷.

Al estudiar la Ley sobre propiedad literaria de 1847, ya vimos las reticencias con que algunos de los juristas que intervinieron en su confección se expresaron en relación a la designación de esta materia como «propiedad». Así, el propio García Goyena, miembro de la Comisión que dictaminó el Proyecto de Ley en el Senado, se refiere a «las diferencias especiales entre una y otra propiedad (la ordinaria y la literaria)...la inteligencia es una necesidad de la sociedad y un patrimonio del género humano; ¿y cómo podría tolerarse que lo que forma parte de esa necesidad y de ese patrimonio estuviera al arbitrio de un simple particular que pudiera usar y abusar de ella, porque el *dominio de la propiedad lleva consigo hasta el derecho de abusar?*»²⁵⁸.

En cuanto a las aguas, nos dice también García Goyena, esta vez al comentar en sus «*Concordancias...*» los preceptos del Proyecto de 1851 relativos a ellas: «La [propiedad] de las aguas es

«Claro es, por tanto, que el tercero de los sistemas aludidos, consistente en reconocer ese derecho al autor, pero sólo de un modo limitado y temporal, no es suscrito por nuestro humilde parecer...» (SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. [en Bibl.], p. 319). Sobre la adopción de la solución intermedia también en materia de minas, *vid.* AZCÁRATE, op. cit., tomo III, p. 211. En materia de aguas, se constata, en cambio, que ha sido siempre más difícil adoptar una solución general y de principio, sea ésta cual fuere, dados los múltiples tipos de aprovechamientos posibles de las mismas (*vid.* AZCÁRATE, *id.* obra y tomo, pp. 219 y ss.).

²⁵⁶ Aunque, por lo que hace a las «aguas», su propiedad corresponde, con carácter general, al Estado (art. 386,3.º Proyecto de 1851), se admite en alguna medida su apropiación por particulares (*vid.* los arts. 488 y 489 del Proyecto de 1851).

²⁵⁷ *Vid.* el Discurso de presentación de la Ley de 1847 al Senado y los demás fragmentos de su discusión parlamentaria que transcribimos en la sede correspondiente; allí se pone de relieve que no se insistió entonces demasiado —a diferencia de lo que ocurrirá al discutirse la Ley de 1879— en la posible contradicción que supone, de una parte, proclamar el derecho de propiedad sobre las obras del ingenio y, de otra, reconocerlo sólo por tiempo limitado.

²⁵⁸ *Vid.* la intervención de GARCÍA GOYENA durante la discusión del Proyecto de Ley sobre la propiedad literaria en el Diario de Sesiones del Senado de 1847, n.º 23, de 10 de marzo.

La cursiva en texto es mía.

de una índole especialísima... No es, pues, de extrañar que su propiedad (sea cual se quiera el propietario) quede sujeta a restricciones en lo que se dice a relación con aquellos grandes objetos... El derecho de propiedad privada cede aquí ante la utilidad pública... la propiedad en general: la de las aguas tiene muchos más puntos de contacto con la utilidad pública»²⁵⁹.

Así y a los efectos que a nosotros interesan, con la consolidación del Estado liberal en España en la primera mitad del siglo XIX, se introduce una regulación especial que tiene por fin primordial incorporar al Derecho privado determinados objetos, sin que, más allá de dicha finalidad de declarar su capacidad para ser objeto de relaciones privadas, exista preocupación por determinar taxativamente cuál sea la naturaleza de dichas relaciones y, mucho menos, sin que a alguien se le ocurra —dada su heterogeneidad— la posibilidad de establecer algún tipo de asociación entre ellos, integrándolos en una misma categoría.

2.2. LAS «PROPIEDADES ESPECIALES» EN EL CÓDIGO CIVIL

Como es bien sabido, el Proyecto de 1851 no estaba llamado a convertirse en Código civil vigente, tanto por causas intrínsecas del propio proceso codificador —la resistencia a la unidad legislativa²⁶⁰ propugnada por la Constitución de 1845 (*vid.* su art. 4.º)—, como de la situación general del país —inestabilidad y tendencias políticas encontradas de los gobiernos que se suceden; en 1854, el gobierno progresista que accede al poder suprime la Comisión General de Codificación—²⁶¹.

Se abre entonces un período en el que, si bien no se abandona totalmente el propósito de llegar algún día al Código único, se descarta como irrealizable a corto y medio plazo²⁶². Entramos así

²⁵⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid de 1852), com. al art. 489, pp. 256-257.

²⁶⁰ *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984 (reedición en facsímil de la de 1949), p. 192; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* I, vol. 1.º, p. 74. La explicación ya tradicional de que la «oposición de los foralistas» constituye «el mayor enemigo que ha de tener la codificación» (DE CASTRO, *loc. cit.*) está siendo, no obstante, en nuestros días objeto de revisión; como mínimo, se intenta situar en sus justos términos el papel, no menos importante, desempeñado por la Iglesia católica en su rechazo del Proyecto de 1851, en cuanto a la regulación del matrimonio (*vid.* ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del Código civil», en *Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, tomo I, pp. 761-823).

²⁶¹ LASSO GAITE, *op. cit.*, tomo 4, vol. 1.º, p. 291.

²⁶² «La Comisión [que elabora la Ley hipotecaria de 1861]... tiene, sin embargo, la profunda convicción de que si se acepta el proyecto será un gran progreso en nuestras instituciones civiles, precursor de otros que, dando unidad a nuestro Derecho

en la etapa llamada «de las leyes especiales.» Hablamos ahora de «leyes especiales» en sentido técnico, como recurso específico de técnica legislativa que persigue alcanzar «una codificación sin Código»²⁶³. Y es así, «codificando parcialmente»²⁶⁴, como se arbitra la espera del futuro Código único²⁶⁵.

Dichas leyes estaban destinadas a proyectarse, de una parte, sobre «materias de notoria conveniencia»²⁶⁶, materias cuya regulación «por de más urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos»²⁶⁷; de otra, sobre materias «que no ofrezcan graves obstáculos para su aplicación general» o, en otras palabras, «materias en que no existía una patente fricción con los particularismos forales»²⁶⁸. Serían un ejemplo del primer tipo de leyes la Ley Hipotecaria de 1861 y la de Registro civil de 17 de junio de 1870. Y entre esas otras leyes especiales que se ocupan, salta a la vista, de materias poco conflictivas estarían²⁶⁹ la Ley de Aguas²⁷⁰, la Ley de Minas²⁷¹ y la de propiedad intelectual²⁷².

en todas las divisiones territoriales, aproximen la época en que llegue a ser una verdad el principio escrito en la Constitución de que un solo Código civil rija en toda la Monarquía» (vid. la «Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la Ley Hipotecaria» de 8 de febrero de 1861, Madrid, 6 de junio de 1860).

²⁶³ Vid. BADOSA COLL, Fernando, *Memoria de Derecho civil*, Barcelona, 1978 (inédita), p. 195.

²⁶⁴ «Yo creo que el sistema que debe seguirse en España es el de la codificación parcial, el sistema que se ha seguido en parte al formar una ley de aguas, al formar la ley hipotecaria, y creo que podían armonizarse las legislaciones existentes en diversas provincias para llegar a la unidad legislativa...» (vid. Diario de Sesiones del Congreso de 1878, n.º 19, de 14 de marzo, p. 387, donde Danvila Collado aboga por la regulación del recurso de casación en España, sin esperar al Código civil).

²⁶⁵ «Creo que lo único que podemos hacer es preparar el Código civil, disponiendo poco a poco los hábitos para eso, presentando leyes especiales que se vayan encaminando a ese fin, y así llegará el día en que sin pensarlo tendremos esa unidad civil que hoy no podemos obtener sin grandes dificultades» (Intervención de GÓMEZ DE LA SERNA durante la discusión del art. 5.º de la *non nata* Constitución de 1856, que, al igual que la de 1845, propugnaba también la unidad de Códigos. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de 1855, n.º 239, de 8 de noviembre, p. 8014).

²⁶⁶ Vid. Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 12 de junio de 1851 que acuerda aplazar la promulgación del Proyecto de Código civil de 1851.

²⁶⁷ Vid. Real Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 8 de agosto de 1855 encargando a la Comisión de procedimientos la elaboración con preferencia de un proyecto de ley de hipotecas.

²⁶⁸ Vid. D'ORS, Alvaro y BONET CORREA, José, «En el centenario del proyecto isabelino de Código civil», en *Información Jurídica*, 1951, n.º 96, p. 483; LASSO GAITE, *Crónica...*, 4, 1, p. 314.

²⁶⁹ Hay otras leyes especiales pertenecientes asimismo a la segunda categoría indicada, como la Ley de Caza de 10 de enero de 1879 y la Ley de propiedad industrial de 30 de julio de 1878, pero son las que cito en el texto las que se mencionarán nominalmente en los posteriores proyectos de Ley de Bases y las que tendrán una sección específica en la sistemática del futuro Código civil.

²⁷⁰ Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. En su elaboración tuvo un papel destacado el propio artífice de la Ley de propiedad intelectual, Manuel Danvila Collado: «Es tanto el cariño que profeso a la ley de aguas y a algunas leyes especiales,

Con todo, esta última, si bien por la época de su promulgación puede ser considerada como una más de las «leyes especiales» (es decir, como un ejercicio más de ese singular recurso de técnica legislativa), se aparta de ellas en cuanto su existencia como ley independiente del Código no se explica sólo en función de esta particular tesitura del proceso codificador. Si se piensa que ya en 1844 la primera Comisión General de Codificación, al elaborar las Bases del futuro Código civil (el Proyecto de 1851), había previsto que «La propiedad artística e industrial se regirá por leyes especiales»²⁷³, se pone de relieve que, más que una ley *precódigo*, promulgada, como las demás, a la espera o en defecto de un código civil, la Ley de propiedad intelectual es una ley *extracódigo*, es decir, una ley que, regulando materia civil²⁷⁴, estaba destinada desde sus orígenes a existir fuera del código civil.

Sin embargo, en las fases sucesivas de la Codificación va a prescindirse de estas distinciones: se aprovecha, sin más, la existencia de las «leyes especiales».

Al siguiente estadio del proceso codificador, en que, si bien con interrupciones, se avanza ya irreversiblemente hacia el Código civil²⁷⁵, ya nos hemos referido en nuestro anterior epígrafe, para situar en él la aparición de la categoría de las «propiedades especiales»: el Proyecto de Ley de Bases de 1881 y el Proyecto de Libros I y II de 1882. Precisamente esas leyes que acabamos de mencionar, que nada tienen en común desde el punto de vista sustantivo y que, incluso desde el punto de vista legislativo, res-

sin duda, porque he tenido intervención al elaborarlas, que me duele lo que ha hecho el Código con esas propiedades especiales» (así durante la discusión del Código civil. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 82, de 30 de marzo, p. 2194).

²⁷¹ Decreto refundiendo la Ley de Minas de 24 de junio de 1868.

²⁷² Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879.

²⁷³ Se transcribe la Base 25 de las Bases del Código civil aprobadas por la primera Comisión General de Codificación y elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844. Ya nos habíamos referido a dicha Base y a su influencia, tanto en la promulgación de la Ley de propiedad literaria de 1847 (*vid. supra* el epígrafe «Contexto y proceso de elaboración de la Ley de 1847»), como en la referencia del art. 393 del Proyecto de 1851 a «Las producciones del ingenio» (*id.* epígrafe citado).

²⁷⁴ A la vez, es indudable que, también desde los inicios de la Codificación en España, había considerado el legislador español que la materia regulada en las leyes de propiedad intelectual es materia civil, como lo prueba el hecho de que la primera Comisión General de Codificación, al elaborar las citadas Bases de 1844, hubiera considerado conveniente pronunciarse sobre el destino de la «propiedad artística e industrial».

Sobre la incorporación al Derecho privado del objeto regulado en las leyes de propiedad intelectual, *vid. supra* nuestro epígrafe LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA OBRA DEL INGENIO COMO DERECHO DE PROPIEDAD.

²⁷⁵ Contribuyó a ello la mayor flexibilidad del nuevo marco constitucional. *Vid.* el art. 75 de la Constitución de 1876: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, *sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes*».*

* La cursiva es mía.

ponden a razones bien diversas, son contempladas formando un *totum revolutum* en la Base 9.^a del Proyecto de 1881, analizada en nuestro anterior epígrafe: «Quedarán en vigor la Ley hipotecaria, la del Registro civil, la de minas, la de aguas y cualesquiera otras especiales que contengan disposiciones de carácter civil...» Y, siguiendo el mandato de la segunda parte de la Base —«llevar al Código civil los preceptos sustantivos que haya en ellas»²⁷⁶, el Proyecto de 1882 contempla como «propiedades especiales» a las materias propias de ese segundo grupo de leyes especiales.

Promulgado el Código civil, éste tenía que pronunciarse sobre la suerte de dichas leyes y lo hará siguiendo las pautas trazadas en 1881-82. Sin perjuicio de cuanto a continuación vamos a poner de relieve, a nadie se oculta que los hilos de la Codificación los mueven los grandes temas, o incluso, el gran tema: la coexistencia entre el Derecho de Castilla, llamado a convertirse en el de aplicación general, y los de los territorios del Estado con tradición jurídica propia, los denominados entonces «Derechos forales»²⁷⁷. Y, por ello, hemos de empezar señalando que el móvil principal del codificador al decidir el destino de las leyes especiales y, por ende, el de las materias en ellas reguladas es ante todo de índole política: se aprovecha su existencia —declarando que seguirán en vigor una vez promulgado el Código civil—²⁷⁸ para, al menos en esas parcelas que ya han sido objeto de una ley especial, no tener que seguir luchando por la unidad legislativa²⁷⁹.

²⁷⁶ Parece que fue el vocal de la Comisión General de Codificación Benito GUTIÉRREZ, quien sugirió dicho modo de proceder con relación a las leyes especiales: «Como cuestiones preliminares, se acordó en la sesión siguiente —21 de marzo, acta 2— traer al Código las leyes especiales... Gutiérrez se inclinaba a traer también la Ley hipotecaria, sobrada de preceptos reglamentarios, y las demás, sólo en los principios fundamentales» (transcrito en LASSO GAITE, *Crónica...*, 4,I, p. 383).

²⁷⁷ Hasta que con la reforma del Título Preliminar del Código civil en 1974 adquiere carta de naturaleza la expresión «derechos especiales» (arts. 14,1 y 2; 15 C.c.; *vid.* también la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil).

²⁷⁸ «... dice el Sr. Ministro respecto a la segunda [Base 2.^a, que en el Proyecto de Bases de 1881 era la que se refería a las leyes especiales] que su intención en ella ha sido la de que no se entienda de modo alguno que con la publicación del Código civil dejarían de tener fuerza las leyes que cita, pues habiendo esas leyes unificado en muchos puntos el Derecho común y civil, se perdería el terreno ganado si se las reputare caducadas y por eso ha hecho la expresa declaración de que conservan todo su vigor» (*vid.* en LASSO GAITE, *Crónica...* cit., 4,I, p. 388, la transcripción de las discusiones en torno al Proyecto de Ley de Bases de 1881, en el seno de la Sección civil de la Comisión General de Codificación).

²⁷⁹ «Esta Comisión, en consonancia con las bases, no ha hecho más que traer los conceptos fundamentales de estas *propiedades especiales**, y ha dejado en todo lo demás íntegro, intacto, para que rija tal como existe, lo mismo en las provincias aforadas que en los territorios de derecho común, el conjunto de disposiciones que constituyen estas *legislaciones especiales*». * (*vid.* la intervención de ALDECOA, de la Comisión dictaminadora del Senado, durante la discusión en dicha Cámara de la

En base a tal razón política, queda sobradamente explicada la subsistencia de esas leyes de Aguas, Minas y propiedad intelectual a la entrada en vigor del Código civil. Pero ¿por qué, además, incorporar las materias de dichas leyes al propio Código y conferirles el rango —y las normas (*vid.* el art. 429 del Cc, para la propiedad intelectual)— del derecho de propiedad, si bien con la nota de especialidad? Llegados a este punto, han de traerse ya a colación otro tipo de razones, de política legislativa y también, aunque sólo en último término, de carácter estrictamente jurídico.

El legislador de fines de los años 70 —que como hemos visto, fueron los de promulgación de las leyes especiales de Aguas y propiedad intelectual— y 80 —que son los de la recta final hacia el Código—, a diferencia del de la primera mitad del siglo XIX, desea consagrar el carácter de propiedad de tales derechos. Habíamos visto la resistencia del Proyecto de 1851 a contemplar los derechos sobre esos objetos recién incorporados al tráfico como verdadero derecho de propiedad²⁸⁰. La noción del derecho de propiedad que se lleva al Proyecto de 1851²⁸¹ es la correspondiente a un liberalismo exacerbado de primera época²⁸²⁻²⁸³, para el cual las nociones de propiedad y utilidad pública son en cierto modo incompatibles.

Si en la concepción entonces imperante la propiedad es un «derecho sagrado»²⁸⁴, intangible, que «lleva consigo hasta el de-

adecuación del Código ya publicado a las Bases. Diario de Sesiones del Senado de 1889, núms. 32 a 57, de 29 de enero a 28 de febrero; *vid.* también extractos de dicha discusión en la R.G.L.J. 1890, tomo 76, p. 455).

* La cursiva es mía.

²⁸⁰ *Vid.* en el epígrafe anterior (2.1.) las referencias a la ubicación de tales objetos en la sistemática del Proyecto, así como los comentarios al respecto en las *Concordancias...* de GARCÍA GOYENA. Con relación al único de tales objetos —las producciones del talento o del ingenio— que es contemplado bajo la rúbrica «De la propiedad en general», nos dice GARCÍA GOYENA con escasa convicción: «... aquí [en el Proyecto] no se hizo ni podía hacerse mas que reconocerles [a los autores], aunque de paso, el derecho de propiedad» (*vid. Concordancias...* cit., com. art. 393, p. 208).

²⁸¹ *Vid.* GARCÍA GOYENA, *Concordancias...* cit., comentario al art. 391 del Proyecto de 1851: «La definición del artículo corresponde al dominio pleno o propiedad no modificada, es decir, al derecho de gozar y de disponer libre y totalmente de la cosa.»

²⁸² Aun a riesgo de parecer mecanicistas, podríamos considerar que a esa época de liberalismo exaltado e individualista, que, salvando todas las distancias, se correspondería con el período 1789-1793 en Francia (SAGNAC op. cit., pp. 55; 36), sucederá también entre nosotros una fase estatista y de utilidad social (SAGNAC op. cit., p. 33).

²⁸³ «Es, sustancialmente, la misma fórmula que un siglo antes se presentaba como revolucionaria, repensada ahora en un contexto económico y social cambiado, en sentido conservador» (*vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 1988, III, vol. 1.º, 2.ª parte, p. 15).

²⁸⁴ *Vid.* la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil español de 1836: «El sagrado derecho de propiedad, objeto principal del Libro II y el vínculo más firme de la sociedad...»; *vid.* también su art. 621: «Propiedad es el derecho que uno tiene

recho de abusar»²⁸⁵, toda limitación de dicho derecho, toda inmisión en la esfera de intereses del propietario, aun la encaminada a cohonestarlos con el interés común, se consideraba que revestía carácter anómalo²⁸⁶ o, cuando menos, que era ajena a los perfiles, al marco institucional del derecho de propiedad.

Y si el Código civil, por inspiración francesa, es el cuerpo legal destinado a recoger el Derecho privado común²⁸⁷, necesariamente habían de quedar excluidas de él —del Proyecto de 1851 en este caso— esos derechos o «propiedades» intervenidas (art. 17 del Proyecto: «Las disposiciones de este Código sólo son aplicables a los asuntos que se rijan por las leyes de comercio, minas y otras especiales»²⁸⁸, en cuanto no se opongan a estas leyes»; art. 390, *a sensu contrario*: «Las cosas que “no” son propiedad de los particulares... “no” se rigen por las disposiciones de este Código.») No obstante todo lo cual, no hubo —como ya se vio²⁸⁹— inconveniente en aquel entonces en designar como «propiedad» los derechos sobre esos nuevos objetos, utilizándose el término sólo por su valor expresivo y en sentido enfático, con la sola intención de marcar la ruptura respecto a la anterior etapa «regalista»²⁹⁰.

Si en la primera mitad del siglo XIX se ensayan los conceptos y, como se ha dicho, «en la segunda mitad, y más concretamente en la época llamada de la Restauración, se reelaboran los conceptos y se llega a las soluciones de compromiso que la prudencia política dicta...»²⁹¹, es también ése el período en que, como hemos visto, queda configurada y asentada la categoría de las llamadas «propiedades especiales», categoría que en sí misma constituye toda una muestra de ese espíritu de compromiso, del pragmatismo

en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos. Este derecho se llama también dominio.»

²⁸⁵ Son palabras de GARCÍA GOYENA. *Vid.* su intervención en el Senado al discutirse la Ley de propiedad literaria de 1847 (citada en nuestra página 149).

²⁸⁶ «Las palabras “sin más” que utiliza dicho artículo obedece a un criterio restrictivo, que responde a un signo de individualismo inorgánico, superado ya. Parte de la idea de que el dominio es algo naturalmente absoluto, ilimitado y libre, considerando que toda limitación que le sea impuesta tiene un carácter insólito, anómalo o excepcional» (ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, tomo II, p. 370; se refiere el autor al art. 348 del actual Código civil, que coincide a este respecto con el art. 391 del Proyecto).

²⁸⁷ *Vid.* BADOSA COLL, Fernando, *Memoria...* cit., pp. 55; 56.

²⁸⁸ Obsérvese que el precepto designa con un mismo término —«especiales»— tanto a los ordenamientos distintos del civil —«leyes de comercio»— como a esas leyes relativas a materias particulares —v. gr., «minas»— pero que forman o acabarán formando parte del Derecho civil. Sobre las distintas acepciones de la expresión «especialidad» en Derecho español, *vid.* BADOSA COLL, *Memoria...*, cit., pp. 78 y ss.

²⁸⁹ *Vid.* nuestras pp. 148 y ss.

²⁹⁰ *Vid.* nuestro anterior epígrafe.

²⁹¹ G. QUIJANO, «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales» cit., p. 467.

y el eclecticismo ²⁹² que ha pasado a la Historia como *modus operandi* de la Restauración.

Ese mismo estilo se aplica al esfuerzo codificador: «No es nuestro ánimo reformar instituciones... y deliberadamente renunciamos a utilizar esta ocasión, que a algunos parecerá propicia para recoger los trabajos y proyectos más recientes del extranjero, ensayando entre nosotros la última palabra de los escritores más acreditados... Entendemos que hay en España mayor urgencia en regularizar lo ya reformado... que en perseguir mayores y más peregrinas conquistas; y para lograr estos fines... lo verdaderamente práctico es tomar la obra en el punto en que la encontramos...» ²⁹³

Por ese afán de conservar instituciones y de ahondar en lo ya conocido, se explica que la noción de propiedad que se lleva al Código sea, de acuerdo con sus precedentes, la «tradicional» ²⁹⁴, marcadamente individualista, de los inicios de la Codificación. Ahora bien, debido a lo dilatado del proceso codificador en España, esa noción que queda cristalizada en el Código —en el art. 348, que, al igual que el 621 del Proyecto de 1836 y el 391 del de 1851, define el «dominio» o propiedad ilimitada— ²⁹⁵, no coincide ya enteramente con la del propio momento de su promulgación ²⁹⁶.

²⁹² Sobre el eclecticismo como ideología, o, mejor, actitud, imperante, tanto en el período isabelino como durante la Restauración, *vid.* UBIETO, Antonio, REGLÁ, Juan, JOVER, José M.ª, *Introducción a la Historia de España*, Barcelona, 1963 (1.ª ed.), pp. 551; 554; 591.

²⁹³ Discurso de Francisco Silvela, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, presentando al Senado el Proyecto de Ley de Bases de 1885 (Diario de Sesiones del Senado de 1885, apéndice al n.º 54, de 12 de enero).

²⁹⁴ «Respecto de la propiedad, el concepto que desarrolla [el Código] en consonancia con la base 10 y en consonancia con nuestro derecho tradicional, es un concepto esencialmente individualista...» (*vid.* la intervención de ALDECOA, de la Comisión dictaminadora del Senado, durante la discusión en dicha Cámara de la adecuación del Código ya publicado a las Bases. Diario de Sesiones del Senado de 1889, núms. 32 a 57, de 29 de enero a 28 de febrero; *vid.* también extractos de dicha discusión en la R.G.L.J. 1890, tomo 76, p. 455).

²⁹⁵ «En la práctica el uso de los doctos da perfecta equivalencia a los términos “derecho de propiedad” y “derecho de dominio”, y como la propiedad “plena” es el concepto tipo de la propiedad, por eso, aun sin determinar con el adjetivo su contenido, se toma como equivalente del dominio en la técnica usual del Derecho» (así ESCRIBANO, Teófilo, «La propiedad y el artículo 348 del Código civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1916, pp. 64-70; *vid.* p. 65).

²⁹⁶ *Vid.* en COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, los epígrafes «La distancia que media entre el concepto de propiedad del artículo 348 del CC, y la literatura jurídica española de principios de siglo [s. XX]», pp. 163 y ss., y «La asunción por el Estado de la tutela de intereses sociales relativos al derecho de propiedad, por medio de la titularidad de derechos de tanteo y retracto», pp. 174 y ss.

Nuevos vientos soplan ya entonces, no sólo en contra de la concepción individualista de la propiedad²⁹⁷, sino incluso de la entera «fortaleza» del Derecho civil tradicional²⁹⁸. A fines del siglo XIX, lo «propio» y lo «común» han dejado de ser términos necesariamente antagónicos. Aunque quizá sea un tanto prematuro hablar en este momento de un «concepto social» de la propiedad²⁹⁹ —no obstante, la expresión ya se emplea—³⁰⁰, sí es cierto que se apela a la intervención del Estado como necesaria en aras de la conveniencia colectiva y que se acepta con menos dificultades la idea de una propiedad privada limitada e intervenida (*vid. art. 350 Cc.*).

²⁹⁷ Así, ya en 1883 Gumersindo de AZCÁRATE se manifestaba en contra de dicha concepción: «... en los tiempos modernos se ha olvidado el “moderator” de la definición romana [se refiere a la del Codex Ley 21, título 35, libro 4.º] y el “Según Dios” de la de las Partidas [Ley 1, título 28, Partida 3.ª] y se ha interpretado torcidamente el *ius abutendi*, traduciéndolo por abusar, “mésuser”, etc. Así se ha llegado a proclamar como los dos atributos del derecho de propiedad: el ser absoluto y el ser exclusivo. En virtud de lo primero, confiere al dueño sobre su cosa “un poder soberano, un despotismo completo” y puede, como dicen los juristas ingleses, quemarla, destruirla y arruinarla... lo que no cabe sostener es que los Códigos y los tratadistas puedan proclamar ese despotismo individualista que no se detiene ni ante la destrucción caprichosa del objeto apropiado, estimando el abuso como un derecho, cuando debían considerarlo como un mal uso de éste» (op. cit., III, p. 28).

²⁹⁸ «Nuestro actual derecho civil, que es en su mayor parte todavía el derecho antiguo, consiste en un sistema de fuerzas protectoras de la propiedad... Pero, como se dijo antes, las concepciones van cambiando y con ellas, poco a poco, el orden jurídico... El tradicional derecho civil, vigente todavía en su mayor parte, está amenazado de otras muchas transformaciones. La fortaleza en que se ha encastillado es objeto de muchos asaltos y no será temerario suponer que más pronto o más tarde caerá en poder de los sitiadores...» (DORADO, Pedro, «Hacia un nuevo Derecho civil», en *R.G.L.J.*, 1906, tomo 108, pp. 497 y ss.).

²⁹⁹ «Las limitaciones que al poder de los fuertes se han opuesto, esas restricciones a la propiedad a que nos hemos referido antes, no han sido debidas al reconocimiento de un derecho en los débiles, quienes se imaginaba que ningún derecho tenían por carecer de fuerza para pedir, sino a las necesidades de la convivencia, las cuales reclamaban que unos poderosos cedieran algo en sus derechos y pretensiones en favor de otros poderosos y propietarios...» (*vid. DORADO, loc. cit.*, p. 513).

³⁰⁰ Así, Manuel DANVILA COLLADO (artífice de la Ley de propiedad intelectual y corredactor de la Ley de Aguas) al discutirse en 1889 en el Congreso de los Diputados el Dictamen relativo a la comunicación del Gobierno dando cuenta de la publicación del Código civil; critica dicho Diputado por insuficiente la definición del art. 348 del Código civil: «... la propiedad tiene un sentido más alto, *adquiere un concepto social** que nadie puede desconocer; y no se hubiera perdido gran cosa con que el Código civil hubiera penetrado en ese terreno y hubiera deslindado perfectamente lo que es la propiedad en sí y lo que es el derecho de propiedad, que son cosas muy distintas... porque haciendo esta distinción fundamental, no hubiera dicho en el art. 348, que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitación que la establecida en las leyes; porque *otras disposiciones hay** que no son leyes y que *determinan algunas propiedades especiales**, y valía la pena haber comprendido dentro de esta clasificación la definición de la propiedad...» (*vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1889, n.º 76, de 22 de marzo, p. 2032.*

* La cursiva es mía.

De todas maneras, una cosa es la existencia ya entonces de dichas corrientes renovadoras y otra diferente es que pueda considerárselas representativas del sentir general a finales del siglo XIX. Una cosa es que las mismas empiecen a desarrollar una labor erosiva que sólo más tarde ³⁰¹ habrá de ser francamente visible y otra que tuvieran en aquel momento fuerza suficiente para trastocar ese «cuerpo prensado y endurecido del Derecho civil tradicional» ³⁰² y, en concreto, la institución que constituye su piedra angular, el derecho de propiedad.

De una parte, se manifiesta permeabilidad hacia esas corrientes en cuanto al reconocimiento de la inviabilidad de la idea absoluta y monócroma del dominio; no hay inconveniente por parte de quienes entonces crean opinión y consiguen convertir ésta en leyes en aceptar la idea de una propiedad modificada en cuanto a sus atributos esenciales, siempre que así lo exija el interés mutuo de los propietarios y el interés común ³⁰³; y multiforme, en función de los posibles objetos de derecho ³⁰⁴. Y, en consecuencia, se reconoce la necesidad de que el Derecho civil asimile como propias esas materias (aguas, minas y propiedad intelectual ³⁰⁵) que, ahora

³⁰¹ COCA PAYERAS sitúa en el primer tercio del siglo XX la consolidación de la corriente social (op. cit., p. 188).

³⁰² DORADO loc. cit., p. 517.

³⁰³ «Pero esas cualidades del dominio [ser absoluto y ser exclusivo], aunque se afirman enérgicamente en principio, luego se modifican, unas veces dentro de los mismos Códigos, otras por leyes especiales. Así, aun cuando se defina el derecho de propiedad atendiendo tan sólo a las que llamaban los romanos *res singulorum*, no por eso deja de haber otras formas de aquél, que en algunos países se consideran como materia propia del derecho administrativo, y a las cuales no cabe aplicar ese “exclusivismo” que se estima como característico del dominio.» (vid. AZCÁRATE, op. cit., tomo III, p. 30).

³⁰⁴ «De la propia suerte, ¿quién duda que la propiedad, aunque varia y múltiple en sus formas y accidentes, sea siempre una en su esencia?... ¿Cuál es la razón de esta diferencia? Por mucho que os afanéis no encontraréis otra que la de las limitaciones que imponen al derecho individual de propiedad la naturaleza de las cosas apropiadas y el derecho del Estado, la ley del progreso humano... se ve también la verdad de mi teoría, la cual consiste en considerar las leyes sobre propiedad literaria y artística como una limitación del derecho de propiedad individual, nacida en parte del carácter social del hombre. En este ramo del derecho triunfa y se sobrepone nuestra naturaleza social al carácter individual de la propiedad. Y tal limitación no es un vano capricho del legislador, no, sino que surge de las entrañas mismas del objeto, de los móviles e intenciones del sujeto, de los deberes de éste y de la naturaleza y destino de ambos» (ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, Madrid, 1874, pp. 713-717).

³⁰⁵ «Así, la base 10.^a establece que la Comisión ha de entresacar de las leyes de minas, de aguas, de propiedad intelectual, los principios más fundamentales de derecho civil que verdaderamente existen en esas leyes...» (vid. la intervención en el Congreso de López Puigcerver, de la Comisión que entendía de la comunicación del Gobierno dando cuenta de la publicación del Código civil, durante la discusión sobre la adecuación del mismo a la Base 10.^a Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 82, de 30 de marzo, p. 2203).

ya sí³⁰⁶, encajan en los contornos que se asignan al derecho de propiedad y que, incluso, contribuyen a configurarlos.

Y, sin embargo, ni se olvida la procedencia de las normas³⁰⁷ que aportan esos nuevos datos, configurando determinados modos de ser de las relaciones privadas³⁰⁸; ni mucho menos se quiere llevar el deseo de tenerlos en cuenta hasta el punto de alterar la propia definición general de la propiedad³⁰⁹, debiendo en consecuencia modificar el Código civil que, como hemos ido viendo, estaba prácticamente hecho desde antes de las últimas fases de su discusión³¹⁰.

³⁰⁶ Compárase con el carácter anómalo que hemos visto que se achacaba a dicha materia en el marco del derecho de propiedad que configuraban el Proyecto de 1851 y sus comentaristas.

³⁰⁷ «Estas omisiones, verdaderamente reparables, nacen de que es muy difícil traer á un Código civil la sustancia y la esencia civil en materias que tienen un carácter mixto de civil y administrativo. Acaso una de las más complejas cuestiones que se presentan siempre en el orden jurídico, cuando existe relación entre los intereses que llamamos generales y los intereses particulares de donde puede nacer el derecho de propiedad, es la determinación de ese derecho, saber dónde puede llegar la Administración, y apreciar cuándo comienza el dominio particular...» (*vid.* la intervención de Danvila Collado en el Congreso durante esa misma discusión de la adecuación del Código ya publicado a la base 10.^a Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 76, de 22 de marzo, p. 2033).

³⁰⁸ DORADO (*loc. cit.*, p. 517) las llama *leyes extravagantes**, fórmula bien acertada, puesto que contribuye, tanto a recordar su origen, al que ya nos hemos referido —leyes que surgieron para posibilitar el acceso de los particulares a objetos hasta entonces intervenidos por el poder público, aunque sin emanciparlos totalmente de la tutela de aquél (*vid.* nuestra p. 148)—, como a resaltar su todavía no perfecta integración en el Derecho privado: «Es una legislación de índole civil y privada, aun cuando no se haya incorporado todavía a su gran enemigo el derecho civil tradicional, con el que no puede hacer muy buenas migas. Anda todavía en leyes aisladas, que algunos denominan *leyes extravagantes**... leyes, que regulando relaciones civiles (v. g., la propiedad intelectual, la industrial, etc.), andan sueltas y desperdigadas aún, por constituir algo pegadizo en el cuerpo del derecho civil tradicional, que a consecuencia de llevar no pocos siglos de existencia, se halla como pensado y endurecido, no siendo fácilmente alterables sus definiciones y clasificaciones.»

* En cursiva en el original.

³⁰⁹ «Porque no fue encontrada la definición jurídica que reflejase plenamente la función social de la propiedad quedaron doctrinalmente contrapuestos el interés privado (defendido dentro de los artículos del Código civil como en sus últimos reductos o bastiones jurídicos) y las necesidades públicas (avanzando a través de las leyes especiales como francotiradores que acuden en remedio de urgencia)» (*vid.* G. QUIJANO, *op. cit.*, p. 491).

³¹⁰ Y eso es siempre lo que acaba en definitiva prevaleciendo: «... y después de todo, como procedimiento práctico, ¿sería hoy conveniente que se volviera a redactar el Código para incluir en él las legislaciones especiales*, o conviene más, puesto que quedan vigentes, aplicar el Código tal y como está redactado, dejando aquéllas en vigor, como querían las bases...? Porque, consideren los Sres. Diputados la gravedad que entraña exigir que todas esas legislaciones especiales vinieran a formar parte del Código y que se devolviese éste para que se introdujeran en él. Creo el Congreso que podíamos renunciar desde este momento a tener Código en mucho tiempo, no sólo en muchos años, sino que casi puede decirse en absoluto» (LÓPEZ PUIGSERVER, Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 81, de 29 de marzo, p. 2176).

* La cursiva es mía.

Precisamente, el espíritu de compromiso y el eclecticismo de la época a que ya hemos aludido se manifiesta aquí una vez más logrando conciliar esos objetivos encontrados. Y la fórmula que se arbitra no es otra que la de introducir al lado del concepto de «propiedad» la nota de la «especialidad», de donde resulta la invención de la categoría de las «propiedades especiales»³¹¹.

De una parte, se declaran vigentes —en la Base 10— las leyes especiales promulgadas con anterioridad al Código civil³¹², remitiendo a ellas lo relativo a tales materias (arts. 425; 427; 429 Cc.). Pero, sin limitarse a ello, el Código incorpora a su propia sistemática el objeto de dichas leyes (Título IV, del Libro II, que es el «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones»), proclamando así la pertenencia de esas materias al Derecho civil³¹³ y, dentro de éste, al derecho de propiedad, como manifes-

³¹¹ La categoría, ya lo apuntábamos en un principio (*vid.* p. 144), es genuina del Derecho español (*vid.* G. QUIJANO, *op. cit.*, p. 466, nota 1).

Este mismo proceso que describimos de coexistencia de las definiciones absolutas de la propiedad de los respectivos Códigos con una legislación de tipo intervencionista, referida a determinados objetos de utilidad general —aguas, minas, caza, pesca...— se opera también en Francia e Italia, por citar los ámbitos más próximos al nuestro. En Francia, incluso ya durante el propio periodo revolucionario: poco después de que la Declaración de derechos del Hombre y el ciudadano proclamara la propiedad «derecho inviolable y sagrado», establecía el Preámbulo del Decreto sobre la Caza de 28 de abril de 1790: «... il importe à la société que personne n'abuse de sa propriété, surtout lorsque cette propriété est d'une nature qui la rend nécessaire à la conservation de la société elle même...» (*vid.* SAGNAC, *op. cit.*, p. 199). En Italia, durante el tránsito del Código civil de 1865 al de 1941, se constata también la erosión de la noción individualista de la propiedad mediante leyes intervencionistas de una serie de objetos (aguas, bosques, pesca, etc.), pero sin que en ningún momento se hubiese sentido la tentación de convertirlos en una «categoría unitaria» dentro del Derecho privado: «... il vincoli [di diritto pubblico] si esplicano in troppo diverse forme giuridiche, perchè possa tentar utilmente di ricondurli ad unità di struttura...» (MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, vol. 2., 1.ª parte, § 79, p. 264; *vid.* también § 78, pp. 231-232) y, mucho menos, la de elevarlos a la categoría del más representativo de los derechos privados: la propiedad.

Como decíamos, lo que hace que la solución adoptada por el Derecho español no sea parangonable a la de ningún otro ordenamiento es, no sólo la inclusión de objetos tan diversos en una única categoría, sino también la aplicación a los mismos de una única fórmula jurídica, que además es la de la propiedad.

³¹² Lo cual, no sólo hace justicia al carácter peculiar de esas propiedades en relación a la regulación que para la institución genérica prevé el Código civil, sino, lo que es más importante, coincide plenamente con metas más generales y fundamentales del proceso codificador, como son la imposición de las leyes especiales a los territorios de Derecho foral (*vid.* nuestras páginas 153 y ss.) y no tener que demorar aún más el momento de la entrada en vigor del Código civil (*vid.* nuestra página 159, nota 310 sobre todo).

³¹³ *Vid.* cómo se proclama en concreto el carácter civil de la materia «propiedad intelectual» y de sus normas en las instancias llamadas a aplicarlas: así, en el Real Decreto de 29 de julio de 1891, por el que el Gobierno declara incompetente al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo para resolver cuestiones relativas al derecho declarado en la Ley de propiedad intelectual: «Que la cuestión deducida ante el Tribunal entraña un derecho de propiedad encomendado por la ley a la competencia

taciones concretas del mismo, cualificadas por la concurrencia de datos diferenciales —perfectamente asumibles por el Código—³¹⁴, que, en algunos aspectos (v. gr., art. 427 C.c.: en cuanto a los «límites del derecho», «formalidades y condiciones para su ejercicio...»; art. 429 C.c.: en cuanto «a las personas a quienes pertenece ese derecho», «la forma de su ejercicio» «y el tiempo de su duración») exigen un tratamiento diferente del que les dispensaría la institución genérica.

Si el objeto de las leyes especiales integra la sistemática del Código civil, es evidente que sus normas forman parte de este último. De manera que puede decirse de ellas que «si como leyes son independientes, como normas son Código civil»³¹⁵: las leyes especiales regulan una materia que el Código civil reconoce como suya con una normativa que también asume como suya. Entre Código civil y ley especial hay una total continuidad jurídica, dentro de la cual la segunda se erige en cuerpo legal separado —aparte de por las razones políticas, de política legislativa y dogmáticas que hemos ido exponiendo— por una simple razón fáctica: la extensión de la regulación que ha de dedicarse a cada una de esas materias objeto de ley especial —debido a la concurrencia de esos datos diferenciales— excede de los límites que el Código podría adjudicarle³¹⁶.

de los Tribunales del fuero común, toda vez que las funciones administrativas terminan con la resolución declarando haber lugar o no a la inscripción pretendida y los que se crean perjudicados en sus derechos... pueden reclamar... ante los Tribunales del fuero común porque el derecho lesionado... es un derecho de propiedad y por lo tanto de índole puramente civil»*. En el mismo sentido, vid. la S.T.S. (cont. admva.) de 21 de enero de 1936, Cdo. 2.º: «Que todas las cuestiones que se plantean en la demanda se refieren a si la propiedad de determinadas obras... corresponde a los causahabientes del que las adquirió en vida del autor o a una heredera de éste y tales cuestiones, por su naturaleza evidentemente civil, corresponden a la jurisdicción ordinaria... siquiera el derecho de propiedad intelectual se consigna en una ley especial que la Administración ha de aplicar a los fines de registro y garantía de actos posesorios, pero sin potestad de definir el mejor derecho fundado en los de carácter civil, que los interesados aleguen».

* La cursiva es mía.

³¹⁴ Vid. BADOSA COLL, *Memoria...* cit.: «... ambas regulaciones [Código civil y leyes especiales] giran en torno a una materia básica idéntica...» (p. 201); «... una institución jurídica, definida y regulada en el Cc. con carácter abstracto (la propiedad). Cabe, con todo, que esta institución tenga manifestaciones concretas ("clases de propiedad" o "propiedades especiales") debido a circunstancias extrajurídicas (naturaleza del objeto) que exijan dictar normas más apropiadas...» (p. 202); «... la ley especial... al especificar o concretar una institución jurídica contemplada en el Cc. no puede contradecir los presupuestos que éste establece, sino al contrario, tratar de adecuarlos al nuevo objeto y con ello logra que la institución específica participe de la misma naturaleza jurídica que la institución genérica a la que trata de adaptar» (p. 202).

³¹⁵ BADOSA COLL, *Memoria...* cit., p. 197.

³¹⁶ DANVILA COLLADO, quien reprocha a la Comisión General de Codificación no haber incorporado plenamente al Código las materias objeto de Ley especial —y,

Las leyes especiales asumen así la función instrumental de permitir al Código regular exhaustivamente materias que le pertenecen, por lo que prácticamente operan a modo de «Apéndices»³¹⁷ o continuaciones del Código civil³¹⁸ (como gráficamente se pone p. ej. de relieve en el art. 425 C.c.: «En todo lo que no esté expresamente prevenido por las disposiciones de este capítulo, se estará a lo mandado por la Ley especial de Aguas.»).

3. Las propiedades especiales como categoría autóctona del Derecho español

A modo de epílogo, podemos señalar, a la vista de todo lo expuesto, que en el ordenamiento jurídico español ha quedado configurada una categoría singular de derechos, cuya conformación se debe, antes que a su propia naturaleza y a la de sus objetos, a razones externas a los mismos. Por acentuado que fuese el «elemento social»³¹⁹ en esos objetos y el deseo de refinar la noción de propiedad congelada en el Código, sin el apremio de ese otro tipo de razones, quizá no hubiese llegado a lanzarse la idea de las «propiedades especiales». Pudo más sin duda el adscribir las al derecho común de la propiedad, para así engrosar subrepticamente el núcleo de instituciones que, por Derecho común, habían de imponerse a los territorios de Derecho foral que la convicción, evidentemente ya existente en la época, pero, por demasiado avanzada, en modo alguno todavía dominante, de que esas institucio-

en concreto, lo relativo a la propiedad intelectual: *vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 76, de 22 de marzo, pp. 2032-2033— supone que la subsistencia de las leyes especiales, que él critica, se explica «sin duda, porque iba siendo muy largo el Código...» (*id.* Diario, n.º 82, de 30 de marzo, p. 2194).

³¹⁷ Al papel de «Apéndice» del Código civil que desempeña en concreto la Ley de propiedad intelectual de 1879, se refiere SCHAEFFER, Klaus, *Grundfragen des spanischen Urheberrechts im Vergleich zum deutschen Recht*, München, 1981, p. 41: «Die Ley von 1879 als *lex specialis* für die Propiedad Intelectual wird durch die in den Art. 428 und 429 des Código civil enthaltene Verweisung quasi als weiterer besonderer Teil zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dieser Regelung trägt auch Art. 5 der Ley von 1879 Rechnung...»

³¹⁸ «Pero hay otros Códigos que quedan completamente vivos, como la ley hipotecaria, la de aguas, la de minas, la de propiedad industrial, la de caza y pesca, etc. Resultado, Sres. Diputados: que tengo para mí, que a estas horas habrá ya algún editor que haya ideado una obra que se titulará “Legislación civil” y que tendrá tres tomos, creo yo; primer tomo, Código civil; segundo y tercero, el resto de la legislación civil para que no se hagan ilusiones los que piensan que hecho el Código basta con él» (así describía irónicamente Gumersindo de Azcárate las consecuencias que, según él, comportaría la subsistencia, como continuaciones del mismo, de las Leyes especiales junto al Código. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de 1889, n.º 88, de 6 de abril, p. 2366).

³¹⁹ *Vid.* CLEMENTE DE DIEGO, cit. en *Bibl.*, p. 477.

nes forman parte de la noción y contribuyen a trazar los perfiles del derecho de propiedad en general.

A pesar de su carácter coyuntural y artificial, la categoría sigue subsistiendo sin haber sido excesivamente cuestionada. Su existencia se quiere justificar, alternativamente, en base a la peculiaridad de los objetos de las «propiedades especiales»³²⁰, o en base al hecho de exigir determinados aspectos de esos derechos una intervención administrativa³²¹, si bien tanto uno como otro criterio se revelan insuficientes para mantener en pie la categoría. El punto de vista del objeto no puede sino suscitar perplejidad, por el hecho de que se vean reunidos en un mismo haz derechos sobre objetos corporales e incorporeales³²²; el punto de vista de la intervención administrativa resulta también endeble, por no ser exclusivo de estos derechos en cuestión³²³.

Quizá la precariedad de esos criterios sirva para explicar que, en algún momento, se haya querido asociar las «propiedades especiales» a categorías más sólidas que, desde otros ordenamientos, han adquirido proyección internacional, como las «propiedades incorporeales» del Derecho francés³²⁴ o los «derechos sobre bienes inmateriales»³²⁵ del Derecho alemán y, por influencia de éste, del Derecho italiano³²⁶.

Ello no es en absoluto posible, ni por los orígenes de esas otras categorías, cuya formación sí obedece a razones estrictamente técnicas³²⁷, ni por la composición de las mismas, que, salvo en

³²⁰ Así, SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., p. 317; PUIG BRUTAU, cit. en Bibl., p. 189.

³²¹ Vid. CLEMENTE DE DIEGO, cit., p. 477; ESPÍN, cit. en Bibl., p. 282; SANTOS BRIZ, cit. en Bibl., p. 346.

³²² Vid. CASTÁN, op. cit., tomo II, p. 397.

³²³ Vid. VALVERDE, op. cit., p. 127: «¿Por qué no ver especialidades parecidas en todas las propiedades que exigen una función administrativa?»

³²⁴ Así SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, II, cit. (en Bibl.), p. 345.

³²⁵ Así, como «obiter dicta» establece la Sentencia de 1 de junio de 1971, en su 1.^{er} Cdo.: «Que en la regulación de las propiedades especiales, según el tecnicismo de nuestro Ordenamiento jurídico —hoy superado y subsumidas en la categoría de derechos sobre bienes inmateriales...».

La equiparación entre ambas categorías, «propiedades especiales» y «derechos sobre bienes inmateriales», arranca de una Sentencia anterior, de 24 de diciembre de 1940, y desde entonces hemos podido verla reiterada, para la propiedad intelectual e industrial, en muchas otras, tanto civiles (S.T.S. de 25 de octubre de 1941; de 23 de marzo de 1945; la ya cit. de 1971; y la de 12 de mayo de 1975), como penales (vid. las de 27 de abril de 1979; 14 de febrero de 1984 y 30 de mayo de 1984).

³²⁶ En la doctrina italiana, alcanzó gran predicamento la construcción de KOHLER del «derecho sobre bienes inmateriales», p. ej., en autores como CARNELUTTI, Francesco FERRARA, GRECO, de SANCTIS y ASCARELLI (citamos sus obras en Bibl.). La divulgación y recepción en nuestro ámbito de tal categoría se debe a la influencia de la doctrina italiana, como confirma Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1979, II, p. 124.

³²⁷ Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, 1952 (2.^a edición), tomo III, p. 12; p. 566; ASCARELLI, Tullio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona 1970, p. 633.

lo relativo a la propiedad intelectual —que, en efecto, es una de las «propiedades incorpóreas» y uno de los «derechos sobre bienes inmateriales»— se proyectan sobre otro tipo de objetos ³²⁸.

A la construcción del «derecho sobre bienes inmateriales» ya aludimos, refiriéndonos a ella como alternativa formulada en el siglo XIX en el ámbito germánico para superar la construcción del derecho de autor como «propiedad» («geistiges Eigentum») ³²⁹. Expusimos también entonces que dicha categoría contribuyó a resolver el problema dogmático que representa que el Código civil alemán (BGB) ³³⁰ sólo aplique el concepto de «cosa» a los objetos materiales (§ 90 BGB), entendiéndolo, además, que el derecho de propiedad sólo sobre bienes materiales se proyecta (§ 903 BGB).

El expediente técnico de los «bienes inmateriales» surge, pues, para adaptar la disciplina jurídica a la naturaleza propia de las creaciones intelectuales ³³¹, en contraposición a las cosas materiales ³³².

En Derecho francés, el recurso a las «propiedades incorpóreas» se justifica para sancionar nuevas formas de apropiación, propias de algunos «bienes incorpóreas». El Código civil francés no menciona a las «creaciones del espíritu» ni al derecho que recae sobre ellas ³³³, lo cual había dejado en libertad a los principales tratadistas franceses, durante el siglo XIX, para establecer que las

³²⁸ Porque no puede decirse —aunque así se ha escrito— que las «minas» y las «aguas» sean una «propiedad incorporal» (!).

³²⁹ Vid. *supra* nuestro capítulo preliminar a la Ley española de 1879 y el epígrafe relativo a «La elaboración científica del derecho de autor» en el último tercio del siglo XIX.

³³⁰ Y ya antes toda la doctrina alemana del siglo XIX.

³³¹ En cuanto a los objetos a los que esencialmente se denomina «bienes inmateriales», vid. KOHLER, Josef, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907, pp. 128 y ss.; ASCARELLI, op. cit., pp. 319 y ss.

³³² Para constatar la aceptación de la construcción del «derecho sobre bienes inmateriales» en la ciencia del Derecho, vid. obras generales de Derecho civil, como LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1983 (6.^a ed.); en el epígrafe § 13, donde procede a una clasificación de los derechos subjetivos, se refiere LARENZ a los «Immaterialgüterrechte» como una categoría existente dentro de aquéllos (vid. pp. 206 y ss.); en el epígrafe § 16, donde se refiere a los posibles objetos de derecho, al contemplar los que son de carácter incorpóreo, incluye entre ellos la «obra del espíritu» («Geisteswerk»), a la que designa como «Immaterialgut» (vid. pp. 283-284). Vid. asimismo WOLFF, Martin und KAISER, Ludwig, *Sachenrecht*, Tübingen, 1957 (10. Bearbeitung), pp. 177 y ss.: «Gegenstand des Eigentums sind nur Sachen (körperliche Gegenstände), nicht Immaterialgüter, nicht Rechte... keine der Sätze, die für das Sacheigentum gelten, gilt für das haben eines Rechts, so wie keiner für das geistige Eigentum gilt: es gibt keine "rei vindicatio", die Eigentumsrechtsnormen gelten nicht u.a. [unter andere].»

³³³ Como sabemos, en Francia la «propiedad literaria» estaba regulada, fuera del Código civil, por los Decretos del período revolucionario, de 1791 y 1793 (vid. *supra* la primera parte de este trabajo) y, durante el período que estamos analizando, por Ley de 14 de julio de 1866, que dejando en vigor aquellos Decretos, se limitó a ampliar el plazo de protección reconocido en ellos a los herederos del autor.

«creaciones del espíritu» son también uno de los «bienes incorporales»³³⁴ y para construir, más adelante, a principios del siglo XX, una categoría *ad hoc*, la de las «propiedades incorporales»³³⁵, referida a algunos de esos «bienes incorporales» que no contempla el Código civil francés³³⁶.

En cambio, nuestro Código, que sí se refiere a dichos peculiares objetos y al derecho que recae sobre ellos, no sólo no los asocia a los «bienes incorporales» (arts. 1.526 y ss. C.c.; *vid.* también arts. 430 y 1464 C.c.), sino que, incluso, al contemplarlos como objeto sobre el que se proyecta una de las «propiedades especiales» que reconoce el Código, los asocia paradójicamente a objetos bien distintos, como las *aguas* y las *minas*.

No nos queda entonces sino reafirmarnos en nuestra conclusión de que en la elaboración de la categoría de las «propiedades especiales» sólo en último término incidieron cuestiones de orden dogmático —posibilidad que brinda la evolución de las ideas, desde el momento de la gestación del Código hasta el de su promulgación, de integrar los derechos sobre objetos regulados en leyes especiales en la institución de la propiedad—. El verdadero peso específico en su formación correspondió a objetivos políticos —logro de la unidad legislativa— y tácticas de política legislativa —conservadurismo y eclecticismo en el modo de proceder del codificador.

³³⁴ Categoría de bienes que sí reconoce el Código civil francés.

Sobre la pertenencia de las creaciones del espíritu a dicha categoría, *vid.* AUBRY y RAU, *op. cit. supra* en nuestro epígrafe «La elaboración científica del derecho de autor en el último tercio del siglo XIX».

³³⁵ Se considera a JOSSE-RAND el principal artífice de tal categoría. *Vid.* JOSSE-RAND, Louis, *Cours de Droit civil Positif français*, Paris, 1930 (3.ª edición), tomo I, pp. 752 y ss.

³³⁶ *Vid.* en cuanto a los objetos que, se considera, forman parte de las llamadas «propiedades incorporales», JOSSE-RAND, *op. cit.*, p. 756, quien, además de a la «propiedad literaria», se refiere a la «propiedad» de los oficios, fondos de comercio, patentes, marcas de fábrica, diseños y modelos, letras misivas y títulos nobiliarios; *vid.* asimismo PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, p. 567.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AHRENS, Heinrich, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, Aalen, 1968 (Neudruck der 6. Auflage Wien, 1871), Band 2, pp. 147 y ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona 1983, tomo III, vol. 1.º, pp. 229 y ss.; 243 y ss.; 446 y ss.; vol. 2.º, § 65, pp. 87 y ss.
- ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, Madrid, 1874, pp. 704 y ss.
- ASCARELLI, Tullio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, 1970.
- ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE. SON HISTOIRE-SES TRAVAUX. 1878-1889, Paris, 1889.
- AUBRY, Charles et RAU, Charles Frederic, *Cours de droit civil français*, Paris, 1875, tomo 7.º, pp. 170-171.
- AZCÁRATE, Gumersindo de, *Historia del derecho de propiedad*, Madrid, 1880, tomo II, pp. 310 y ss.; Madrid, 1883, tomo III, pp. 25 y ss.; pp. 211 y ss.
- BADOSA COLL, Fernando, *Memoria de Derecho civil*, Barcelona, 1978 (inérita), pp. 48 y ss.; 78 y ss.; 194 y ss.
- BALZAC, Honoré de, «Sur les questions de la propriété littéraire et de la contrefaçon», en *Oeuvres complètes de Honoré de Balzac*, Paris, 1940, tomo III («Oeuvres diverses»), pp. 16 y ss.
- BALZAC, Honoré de, «Notes remises à messieurs les Députés composant la commission de la loi sur la propriété littéraire» en *Oeuvres complètes de Honoré de Balzac*, Paris, 1940, tomo III («Oeuvres diverses»), pp. 417 y ss.
- BAPPERT, Walter, *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*, Frankfurt am Main, 1962.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978.
- BEKKER, Ernst Immanuel, «Zur Reform des Besitzrechts», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1891, Dreisigster Band, pp. 275 y ss.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, comentario del art. 1.º de la LPI de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por el mismo autor, Madrid, 1989, pp. 20 y ss.
- BESLER, Georg, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Berlin, 1885, 2. Abteilung, § 210, pp. 951 y ss.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1766.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar, *Deutsches Privatrecht*, München, 1853, §§ 46-50.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información. (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Madrid, 1988.
- BORNEMANN, Friedrich Wilhelm, *Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts*, Berlin, 1842, I, pp. 5 y ss.
- BRUNNER, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1906, Erster Band, (2. Auflage).
- CARNELUTTI, Francesco, «Sull'obbietto del diritto di privativa artistica e industriale» en *Rivista del Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1912, vol. X, pp. 925 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1957, (9.ª ed.), tomo II, pp. 361 y s.s.; Madrid, 1963, tomo I,2, pp. 365 y ss.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929, tomo I, pp. 477 y ss.
- COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988.
- COMELLAS GARCÍA LLERA, José Luis, *Los moderados en el poder. 1844-1854*, C.S.I.C., Madrid, 1970.
- D'ORS, Álvaro y BONET CORREA, José, «En el centenario del proyecto isabelino de Código civil», en *Información Jurídica*, 1951, n.º 96, pp. 483 y ss.
- DAHN, Felix, *Deutsches Privatrecht. Grundriss*, 1. Abteilung, Leipzig, 1878.
- DALLOZ (ed.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, 1857, tomo 38, voz «propriété littéraire et artistique», pp. 441 y ss.
- DAMBACH, Otto von, *Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken*, Berlin, 1870.
- DANVILA COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984 (reedición en facsímil de la de 1949).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho civil*, Madrid 1984 (reimpresión de la ed. de 1972), pp. 21 y ss.; 135 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad», en el *Anuario de Derecho civil*, 1959, pp. 1237 y ss.

- DERNBURG, Heinrich, *Lehrbuch des preußischen Privatrechts*, Halle, 1878, 2. Band, pp. 716 y ss.
- DICTAMEN de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual (BOCG de 1985, Serie I, n.º 152, de 14 de mayo, pp. 6253 y ss.).
- DIDEROT, Denis, «Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire», en *Diderot, oeuvres complètes*, édition critique et annotée présentée par John Lough et Jacques Proust, Paris, 1976, tomo VIII, pp. 479-567.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1979, II, p. 124; pp. 500 y ss.
- DORADO, Pedro, «Hacia un nuevo Derecho civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1906, tomo 108, pp. 497 y ss.
- EISENLOHR, Ch. F. M., *Sammlung der Gesetze und internationalen Verträge zum Schutze des literarisch-artistischen Eigenthums in Deutschland, Frankreich und England*, Heidelberg, 1857.
- ESCRIBANO, Teófilo, «La propiedad y el artículo 348 del Código civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1916, pp. 64-70.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del Código civil», en *Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, tomo I, pp. 761-823.
- ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1974, vol. 2.º, pp. 281 y ss.
- EXPOSICIÓN DE LA COMISIÓN DE CÓDIGOS SOBRE LOS MOTIVOS Y FUNDAMENTOS DE LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861, MADRID 6 DE JUNIO DE 1860, en *Ley hipotecaria* (edición oficial), Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861.
- FALCÓN, Modesto, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1888 (3.ª ed.), tomo II, pp. 168 y ss.
- FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1880 (2.ª ed.), tomo II, pp. 65 y ss.
- FERRARA, Francesco, *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, vol. I, Parte I, pp. 358 y ss.; 730 y ss.
- FICHTE, Johann Gottlieb, «Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», publicado inicialmente en la *Berliner Monatsschrift*, mayo de 1791, n.º XXI, pp. 443 y ss. y recogido entre sus obras completas (*J. G. FICHTE-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Stuttgart, 1964, Band I,1, pp. 407 y ss.).
- FORNS, José, «Temas de propiedad intelectual. Fuerza obligatoria del Registro», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 640-645.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid de 1852).

- GAREIS, Carl, «Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes», en *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselsrechts. Begründet von Dr. F. B. Busch (Busch's Archiv)*, Berlin, 1877, Fünfunddreißigster Band, pp. 185 y ss.
- GERBER, C. F. von, «Über die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers», en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1859, 3. Band, pp. 359 y ss.
- GIERKE, Otto von, *Deutsches Privatrecht*, 1. Band, München und Leipzig, 1936 (Neudruck der Ersten Auflage, Leipzig, 1895).
- GIESEKE, Ludwig, *Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, Göttingen, 1957.
- GINER DE LOS RÍOS, Francisco, *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1875.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España*. 11.^a ed., corregida y aumentada por Juan Manuel MONTALBÁN, Madrid, 1874, Tomo I, pp. 733 y ss.
- GUTIÉRREZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1871 (3.^a ed.), tomo II, pp. 462 y ss.; Madrid, 1881 (5.^a ed.), tomo II, pp. 494 y ss.
- HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Barcelona, 1987.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «Grundlinien der Philosophie des Rechts», en *HEGEL's Sämtliche Werke, herausgegeben von Georg Lasson*, Leipzig, 1930 (3. Auflage), Band VI, pp. 59 y ss.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie. 1818-1831. Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl Heinz Illing*, Stuttgart/Bad Canstatt, 1974, 4. Band.
- HITZIG, Julius Eduard, *Das königliche preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 dargestellt in seinem Entstehen und erläutert in seinen einzelnen Bestimmungen aus den amtlichen Quellen*, Berlin, 1838.
- HÖPFNER, Ludwig, *Der Nachdruck ist nicht rechtswidrig*, Grimma, 1843.
- HUBMANN, Heinrich, *Das Recht des schöpferischen Geistes. Eine philosophisch-juristische Betrachtung zur Urheberrechtsreform*, Berlin, 1954.
- HUBMANN, Heinrich, *Urheber- und Verlagsrecht*, München, 1987 (6. Auflage).
- IMBERT, Jean, SAUTEL, Gérard, et BOULET-SAUTEL, Marguerite, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1956.
- JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit civil Positif français*, Paris, 1930 (3.^a edición), tomo I, pp. 752 y ss.
- KANT, Immanuel, «Die Metaphysik der Sitten», I («Einleitung in die Rechtslehre»), Erster Teil («Das Privatrecht»), Zweites Hauptstück («Von der Art etwas Äusseres zu erwerben»), Dritter Abschnitt («Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht»), en *Kant's gesammelte Schriften, herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, Band VI, pp. 289/290.

- KANT, Immanuel, «Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks», *Berlinische Monatschrift, herausgegeben von F. Gedike und J.E. Briester*, Berlin Januar bis Junius 1785, 5. Band, Seiten 403-417, en *KANT's gesammelte Schriften, herausg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, Band VIII, pp. 79 y ss.
- KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, München, 1975, II, p. 434, nota 14.
- KLEINHEYER, Gerd und SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989 (3. Auflage).
- KLOSTERMANN, R., *Das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen*, Berlin, 1871, Erster Band.
- KOHLER, Josef, *Das Autorrecht. Eine zivilistische Abhandlung*, Jena, 1880 (Separatabdruck aus Ihering's Jahrbücher XVIII, N. F. VI).
- KOHLER, Josef, *Handbuch des deutschen Patentrechts*, Mannheim, 1900.
- KOHLER, Josef, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907.
- KOHLER, Josef, «Abschreiben als Autorverletzung», en «Autorrechtliche Studien», publicados en el *Archiv für die civilistische Praxis*, 1896, n.º 85, pp. 417 y ss.
- KOHLER, Josef, «Verbreitung von Schriftwerken», en «Autorrechtliche Studien», publicados en el *Archiv für die civilistische Praxis*, 1896, n.º 85, pp. 435 y ss.
- KOHLER, Josef, «Die Idee des geistigen Eigenthums», en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894 (I), Band 82, pp. 141 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, comentario del art. 2.º de la LPI de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pp. 31 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 1988, I, vol. 1.º, p. 74; I, vol. 3.º, p. 42; III, Vol. 1.º, 1.ª parte, pp. 261 y ss.; 2.ª parte, pp. 11 y ss.; 52 y ss.; III, vol. 1.º, 3.ª parte, pp. 10 y ss.
- LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1983 (6.ª ed.).
- LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española*, Madrid, 1970, tomo 4 (Codificación civil), vol. I y II; tomo 3 (Procedimiento penal), Madrid, 1975.
- LEGGI E DECRETI SUI DIRITTI DEGLI AUTORI DELLE OPERE DELL'INGEGNO, publicadas por el «Ministero di agricoltura, industria e commercio. Ufficio della proprietà intellettuale», Roma, 1914.
- LOCKE, John, *Two Treatises of government*, Londres, 1698 (ed. anastática de la Uvdad. de Cambridge).
- LÓPEZ QUIROGA, Julio, voz «propiedad intelectual» en la *Enciclopedia Jurídica española*, Barcelona (sin año), tomo XXVI, pp. 118 y ss.
- MALUQUER y SALVADOR, José, «Congreso internacional de 1887 para la protección de la propiedad literaria y artística», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1887, tomo 71, pp. 495 y ss. y 626 y ss.; 1888, tomo 72, pp. 57 y ss.

- MANRESA y NAVARRO, José M.^a, comentario al Capítulo III, Título IV, Libro II del Código civil, en *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1952, 7.^a ed., revisada y puesta al día por Julio CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, tomo 3.^o, pp. 834 y ss.
- MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española* [en prensa], Madrid, 1994.
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, vol. 2., 1.^a parte, § 79, p. 264; § 78, pp. 231-232.
- ORTLOFF, Hermann, «Das Autor- und Verlagsrecht als strafrechtlich zu schützendes Recht», en *Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1861, 5. Band, pp. 263 y ss.
- PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, comentario a los arts. 428 y 429 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García, Madrid, 1985, tomo V, vol 2.^o, pp. 711 y ss.
- PÉREZ CUESTA, Emilio, «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor», en *Revista de Derecho privado*, enero-diciembre 1981, pp. 333 y ss.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, «El derecho moral de los autores», en *Anuario de Derecho civil*, 1949, pp. 7 y ss.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, 1952 (2.^a edición), tomo III, pp. 11 y ss.; pp. 566 y ss.
- POUILLET, Eugène, *Traité de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, 1908 (3.^a ed.).
- PROUDHON, Pierre-Joseph, *Les majorats littéraires. Examen d'un projet de loi, ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes un monopole perpetuel*, Paris, 1863.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1979 (3.^a ed.), tomo III, vol. II, pp. 208 y ss.
- PÜTTER, Johann Stephan, *Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft*, Göttingen, 1774.
- QUIJANO, Pedro Miguel G., «Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales», en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Madrid, 1961, tomo III, vol. 1.^o, pp. 463 y ss.
- RENOUARD, Augustin-Charles, *Traité des droits d'auteurs*, Paris, 1838, tomo I; Paris, 1839, tomo II.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1954, tomo I, pp. 145 y ss.; tomo II, pp. 370 y ss.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos-Javier, *Una nueva sistematización jurídica de las propiedades especiales*, Madrid, 1990.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos», en *Anuario de Derecho civil*, julio/septiembre 1986, tomo 39, fascículo III, pp. 885 y ss.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, «Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 747 y ss.; 830 y ss.

- ROEBER, Georg, «Urheberrecht oder Geistiges Eigentum», en *Archiv für Urheber-, Film-, Funk und Theaterrecht* (UFITA), 1956, Band 21, pp. 150 y ss.
- SAGNAC, Philippe, *La législation civile de la Révolution française. 1789-1804*, Glashütten im Taunus, 1971 (unveränderter Neudruck der Ausgabe Paris 1898).
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1900, tomo III, pp. 317 y ss.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Madrid, 1973, tomo II, pp. 344 y ss.; 370 y ss.
- SCHAEFFER, Klaus, *Grundfragen des spanischen Urheberrechts im Vergleich zum deutschen Recht*, München, 1981.
- SCHEYING, Robert, «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1960, pp. 502 y ss.
- SCHMID, Karl Ernst, *Der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik*, Jena, 1823.
- SPENDEL, Günther, *Josef Kohler. Bild eines Universaljuristen*, Heidelberg, 1983.
- STOLFI, Nicola, *Il diritto di autore*, Milano, 1932, I.
- STRÖMHOLM, Stig, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, Stockholm, 1967, tome I, Première partie.
- UBIETO, Antonio, REGLÁ, Juan, JOVER, José M.^a, *Introducción a la Historia de España*, Barcelona, 1963 (1.^a ed.).
- ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin/Heidelberg, 1980 (3. Auflage).
- VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 1910, tomo II, pp. 123 y ss.; Valladolid, 1936 (4.^a ed.), tomo II, pp. 126 y ss.
- VICENTE Y CARAVANTES, José, «Exposición y examen de nuestras leyes y tratados sobre la propiedad literaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1876, tomo 49, pp. 32 y ss.; 157 y ss.; 272 y ss.; 344 y ss.; 384 y ss.; 1877, tomo 50, pp. 40 y ss.; 123 y ss.; 210 y ss.
- VILBOIS, Jean, *Du domain public payant en matière de droit d'auteur*, Paris, 1928.
- WÄCHTER, Oskar, *Das Autorrecht nach dem gemeinen deutschen Recht*, Stuttgart, 1875.
- WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952.
- WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906 (9. Auflage, bearbeitet von Theodor Kipp), 1. Band, 137, pp. 689 y ss.
- WOLFF, Martin und KAISER, Ludwig, *Sachenrecht*, Tübingen, 1957 (10. Bearbeitung), pp. 177 y ss.