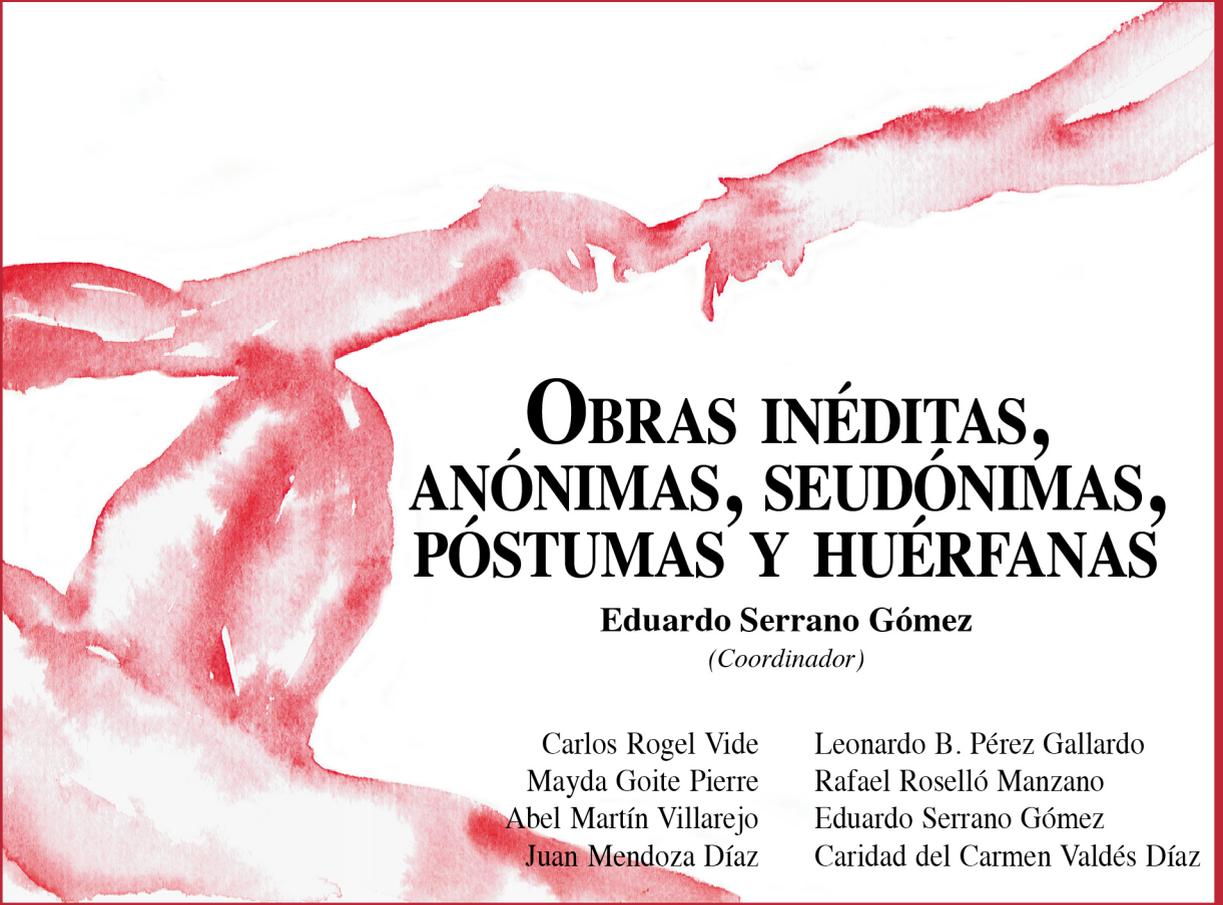


COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL



OBRAS INÉDITAS, ANÓNIMAS, SEUDÓNIMAS, PÓSTUMAS Y HUÉRFANAS

Eduardo Serrano Gómez

(Coordinador)

Carlos Rogel Vide
Mayda Goite Pierre
Abel Martín Villarejo
Juan Mendoza Díaz

Leonardo B. Pérez Gallardo
Rafael Roselló Manzano
Eduardo Serrano Gómez
Caridad del Carmen Valdés Díaz



COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

TÍTULOS PUBLICADOS

- Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (1999).
- Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria**, *Miguel L. Lacruz* (2000).
- Obra plástica y Derechos de autor**, *Jorge Ortega Doménech* (2000).
- Diccionario de Propiedad Industrial e Intelectual. Español / Francés / Español**, *Ángeles Sirvent y otras* (2000).
- Contratos en torno a la edición**, *María Serrano Fernández* (2001).
- Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica**, *Nazareth Pérez de Castro* (2001).
- Creaciones audiovisuales y Propiedad Intelectual. Cuestiones puntuales**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2001).
- Contrato de merchandising y Propiedad Intelectual**, *Susana Navas Navarro* (2001).
- El derecho sui generis del fabricante de bases de datos**, *Miguel Ángel Bouza* (2001).
- Bibliografía española sobre Propiedad Intelectual 1987-2000**, *César Iglesias* (2002).
- Las obligaciones del editor musical**, *Miguel Ángel Encabo Vera* (2002).
- Protección de la Propiedad Intelectual**, *José-Antonio Vega Vega* (2002).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2001**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2002).
- Estudios completos de Propiedad Intelectual**, *Carlos Rogel Vide* (2003).
- El contrato de representación teatral**, *Luis Felipe Ragel Sánchez* (2003).
- Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías**, *Raquel de Román Pérez* (2003).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2002**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2003).
- En torno a los derechos morales de los creadores**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2003).
- Obligaciones del autor en el contrato de edición**, *Pedro Álvarez de Benito* (2003).
- Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2004).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2003**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2004).
- Interpretación y autoría**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2004).
- Remuneración del autor y comunicación pública**, *Sara Martín Salamanca* (2004).
- Diccionario de Propiedad Intelectual. Español / Inglés / Español**, *César Iglesias Rebollo, María González Gordon* (2005).
- La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2005).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2004**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2005).
- Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial**, *César Iglesias Rebollo (Coord.)* (2005).
- Arquitectura y Derechos de Autor**, *Jorge Ortega Doménech* (2005).
- Créditos y Deudas de los Autores –Especial referencia a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal–**, *Susana Navas Navarro* (2005).
- La hipoteca de Propiedad Intelectual**, *Andrés Domínguez Luelmo* (2006).
- Estudios completos de Propiedad Intelectual. Volumen II**, *Carlos Rogel Vide* (2006).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2005**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2006).
- Los límites del Derecho de Autor**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2006).
- Estudios de derecho de autor y derechos afines**, *Ricardo Antequera Parilli* (2007).
- Administraciones públicas y propiedad intelectual**, *Eduardo Serrano Gómez (Coord.)* (2007).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2006**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2007).
- Sujetos del derecho de autor**, *César Iglesias Rebollo (Coord.)* (2007).
- Reformas recientes de la Propiedad Intelectual**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2007).
- El Droit de Suite de los artistas plásticos**, *Elena Vicente Domingo* (2007).
- El Registro de la Propiedad Intelectual**, *Eduardo Serrano Gómez (Coord.)* (2008).
- La Ley del Cine y el Derecho de Autor**, *César Iglesias Rebollo (Coord.)* (2008).

Manual de Derecho de autor, *Carlos Rogel Vide y Eduardo Serrano Gómez* (2008).
Anuario de Propiedad Intelectual 2007, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2008).
Fotografía y Derecho de autor, *María Serrano Fernández (Coord.)* (2008).
Nuevas fronteras del objeto de la Propiedad Intelectual. Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes, *Luis A. Anguita Villanueva y Héctor S. Ayllón Santiago* (2008).
Estudios completos de Propiedad Intelectual. Volumen III, *Carlos Rogel Vide* (2009).
Anuario de Propiedad Intelectual 2008, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2009).
El plagio y otros estudios sobre derecho de autor, *Antonio Castán* (2009).
Ingeniería y Propiedad Intelectual, *María Teresa Carrancho, Elena Vicente y Raquel de Román (Coords.)* (2009).
Diccionario de Propiedad Intelectual e Industrial. Alemán / Español / Alemán, *Clara Ruipérez de Azcárate* (2010).
El flamenco y los derechos de autor, *Margarita Castilla (Coord.)* (2010).
Siete estudios sobre el derecho de autor y la Propiedad Intelectual, *Joaquín J. Rams Albesa* (2010).
Cuestiones actuales de la Propiedad Intelectual, Premio Aseda 2010, *Jorge Ortega (Coord.)* (2010).
Anuario de Propiedad Intelectual 2009, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2010).
Cultura popular y Propiedad Intelectual, *Caridad Valdés y Carlos Rogel (Directores)* (2011).
El derecho de comunicación pública directa, *Héctor S. Ayllón Santiago* (2011).
Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor, *Carlos Rogel y Concepción Sáiz (Directores)* (2011).
Anuario de Propiedad Intelectual 2010, *Eduardo Serrano Gómez (Director)* (2011).
Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores, *Rafael Roselló Manzano* (2011).
Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada, *Ricardo Antequera Parilli* (2012).
Anuario de Propiedad Intelectual 2011, *Eduardo Serrano Gómez (Director)* (2012).
Museos y Propiedad Intelectual, *Carlos Rogel y Andrés Domínguez (Directores)* (2012).
Obras originales de autoría plural, *Caridad Valdés y Carlos Rogel (Directores)* (2012).
Las obras del espíritu y su originalidad, *Clara Ruipérez de Azcárate* (2012).
Estudios completos de Propiedad Intelectual. Volumen IV, *Carlos Rogel Vide* (2013).
Anuario de Propiedad Intelectual 2012, *Eduardo Serrano Gómez (Director)* (2013).
El derecho de autor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Jorge Ortega Doménech* (2013).
Bibliografía sobre Propiedad Intelectual 2001-2011, *César Iglesias Rebollo* (2013).
Periodismo y derecho de autor, *Miguel Ángel Encabo Vera (Coord.)* (2013).
En torno a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, *Luis Antonio Anguita Villanueva (Coord.)* (2013).
Propiedad intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor, *Isabel Espín Alba (Coord.)* (2014).
Constitución y propiedad intelectual, *Luis Antonio Anguita Villanueva (Coord.)* (2014).
Anuario de Propiedad Intelectual 2013, *Eduardo Serrano Gómez (Director)* (2014).
El derecho de transformación de las obras del espíritu, *Héctor Ayllón Santiago* (2014).
Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas, *Eduardo Serrano Gómez (Coord.)* (2014).

COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Director: CARLOS ROGEL VIDE

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

OBRAS INÉDITAS, ANÓNIMAS, SEUDÓNIMAS, PÓSTUMAS Y HUÉRFANAS

Eduardo Serrano Gómez

Coordinador

Carlos Rogel Vide
Mayda Goite Pierre
Abel Martín Villarejo
Juan Mendoza Díaz
Leonardo B. Pérez Gallardo
Rafael Roselló Manzano
Eduardo Serrano Gómez
Caridad del Carmen Valdés Díaz



Madrid, 2014

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

Fundación AISGE
Ruiz de Alarcón, 11
28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 22 55
Fax: (34) 91 531 17 24
<http://www.aisge.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2014)
ISBN: 978-84-290-1817-2
Depósito Legal: M 26806-2014
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

En esta obra se contienen las ponencias de las Jornadas dirigidas por los profesores Carlos Rogel y Caridad Valdés que se celebraron, los días 18, 19 y 20 de marzo de 2014, en el Colegio de San Gerónimo de La Habana, en el marco del acuerdo de cooperación suscrito por la Fundación AISGE con la Facultad de Derecho de dicha ciudad

I. LAS OBRAS INÉDITAS

RAFAEL ROSELLÓ MANZANO

Profesor Auxiliar de Derecho Civil

Facultad de Derecho. Universidad de La Habana

Notario

SUMARIO: 1. LAS OBRAS INÉDITAS.– 2. EL INÉDITO COMO DERECHO MORAL, EL ARTÍCULO 14.1 DE LA LPI. INÉDITO Y DIVULGACIÓN. LA DIVULGACIÓN INCONSENTIDA. INÉDITO E INTIMIDAD: 2.1 Antecedentes.– 2.2. Inédito y divulgación. Concepto y regulación en las leyes española y cubana. Ausencia en el Convenio de Berna.– 2.3. El derecho de inédito, la divulgación y la intimidad del creador.– 2.4. La divulgación, ¿derecho moral o patrimonial?– 2.5. El derecho a la divulgación ¿es intransmisible e irrenunciable?– 3. VICISITUDES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DIVULGACIÓN. DIVULGACIÓN Y PROPIA IMAGEN. DIVULGACIÓN Y OBRAS REALIZADAS POR ENCARGO. OBRAS FUTURAS Y CONTRATO DE EDICIÓN.– 4. LAS OBRAS INÉDITAS DESPUÉS DE LA MUERTE DEL AUTOR; EL ARTÍCULO 15 LPI.– 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LAS OBRAS INÉDITAS

Mark Twain escribió: «Existen tres medios infalibles para agradecer a un autor, y los tres forman una escala ascendente de cumplidos: primero, decirle que se han leído uno de sus libros; segundo, decirle que se han leído todos sus libros; tercero, pedirle que os deje leer el manuscrito de su libro en preparación. El número uno, os admite en su respeto; el número dos, os admite en su admiración; el número tres os lleva derechamente a su corazón»¹.

¹ TWAIN, Mark, «Cabezahueca Wilson», en TWAIN, Mark, *Obras*, Ed. Plaza y Janes, Barcelona, 1962. La cita es de la página 830, y el autor la atribuye a un curioso alma-

La definición de las obras inéditas es casi siempre negativa, y hace referencia a las que no han sido publicadas. La consulta de cualquier diccionario, en especial el de la Real Academia de la Lengua que nos une, no es la excepción, aunque revela la solidez que para el público en general, tiene el vínculo entre la edición y la creación literaria y la diferencia entre las opiniones de los legos y los expertos en esta materia. Allí se define a lo inédito como lo «escrito y no publicado», aplicándosele, también como adjetivo, al «escritor que no ha publicado nada» y de forma general a todo lo que sea nuevo y desconocido.

En el ámbito del Derecho de autor, sabemos desde luego que la obra inédita puede ser cualquiera y no solo ni especialmente la literaria, que contra lo que pueda pensarse del tenor literal de la palabra, la obra que es objeto de un contrato de edición, no deja necesariamente de ser inédita, aunque ese sea su destino normal.

2. EL INÉDITO COMO DERECHO MORAL, EL ARTÍCULO 14.1 DE LA LPI. INÉDITO Y DIVULGACIÓN. LA DIVULGACIÓN INCONSENTIDA. INÉDITO E INTIMIDAD

2.1. Antecedentes

El derecho de inédito y el derecho a la divulgación están inseparablemente relacionados, entendido el primero como la facultad que tiene el autor de mantener en su esfera íntima la obra, de no divulgarla. La divulgación implica su facultad de darla a conocer al público, determinando no solo si tal cosa tiene lugar o no, sino la forma en que se realizará. Inédito y divulgación se encuentran en el centro mismo de la historia y de la construcción dogmática de las facultades morales². Existían varias situaciones que se repetían con cierta frecuencia en Francia, que se convirtieron en casos señeros revelando la necesidad de diferenciar la propiedad intelectual de la propiedad ordinaria: señaladamente tenemos los casos en que los acreedores pretendían forzar judicialmente a los autores concursados para que publicaran sus obras, para que con ello obtuvieran ganancias con las

naque en el que el protagonista escribía todo género de frases ingeniosas e irónicas, que revelaban su verdadera inteligencia, aunque las personas del lugar lo consideraran, a él y su almanaque, un poco tontos y raros.

² Vid. RAMS ALBESA, Joaquín, «La génesis de los derechos morales de los creadores», en ROGEL VIDE, Carlos (coordinador), *En torno a los derechos morales de los autores*, Reus y Aisge, Madrid, 2003.

que pagar sus deudas. También se dieron con cierta frecuencia los casos en los que se encargaba a un autor la realización de una obra a cambio de una remuneración, y este se negaba a entregarla, pidiendo el comitente la ejecución forzosa específica de la obligación.

Estas situaciones casaban perfectamente con la idea romántica de que los autores gozaban de cierta superioridad con respecto a los simples artesanos, y que por lo tanto era injusta la situación en la que perdieran definitivamente todo el control sobre una obra de la que habían enajenado su soporte, o realizado por encargo o dentro de su empleo, o consentido su explotación económica por terceros. Nada mejor para justificar aquello de «la más sagrada de las propiedades» que concederle a su titular un ámbito de facultades exclusivas respecto de su obra, en un nivel igual o incluso superior a las facultades patrimoniales, en estrecha relación con su personalidad, y por eso mismo, adornadas por las cualidades de intransferibles e irrenunciables.

2.2. Inédito y divulgación. Concepto y regulación en las leyes española y cubana. Ausencia en el Convenio de Berna

Como se ha apuntado, inédito y divulgación son dos facetas de un mismo fenómeno: se trata de la facultad del autor de decidir libremente si y cómo da a conocer la obra haciéndola accesible al público, o si la conserva en su esfera privada, o mejor, en la esfera de su intimidad.

Este derecho tiene su reconocimiento expreso en el artículo 14, apartados 1 y 2, del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española, y en el artículo 4, inciso c) de la Ley 14 sobre Derecho de autor cubana. Debe señalarse que anduvo más preciso el legislador español que su homólogo cubano, cuando consagró el derecho del autor de decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma, mientras que el cubano hace referencia a la publicación. La Ley cubana no es la única que se refiere a la cuestión de esta manera, pero debe precisarse que como afirma LYPZYC, «la divulgación comprende toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público, en cualquier forma, mientras que por publicación, en su acepción jurídica más restringida que la corriente, se entiende que es la divulgación realizada con consentimiento del autor mediante la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra, cualquiera que sea la forma de reproducción utilizada»³. El

³ LIPZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 1998, p. 161, nota 13.

artículo 4 de la ley española se pronuncia en un sentido parecido, precisando que la publicación es un tipo de divulgación que implica poner a disposición del público de un número de ejemplares adecuado a sus necesidades estimadas, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de la obra.

La facultad de divulgación debe verse también en estrecha relación funcional con la de acceso al ejemplar único o raro de la obra, pues la segunda es un medio para lograr la primera, y con ella la explotación económica. También la divulgación lícita, consentida por el autor, marca el inicio del cómputo de plazos de duración de las facultades patrimoniales, e incluso la conocida doctrina del *fair use*, el derecho de cita y reseña, y en general las utilizaciones de la obra sin autorización del autor, en determinados supuestos que dibujan los límites de su derecho, tienen como presupuesto que la obra haya sido divulgada lícitamente.

Personalmente no creo que todos los derechos o facultades morales sean de la misma especie, o reúnan iguales características. Defiendo la idea de un núcleo duro de estas facultades sobre el que las características largamente predicadas de inalienabilidad, irrenunciabilidad y extrapatrimonialidad (entre otras) deben observarse con más celo. Y creo, con el Convenio de Berna y la absoluta mayoría de las legislaciones nacionales en la mano, que este núcleo duro está compuesto por las facultades de paternidad e integridad, a las que debe añadirse la de divulgación. Aunque enseguida volveré sobre esta idea, no es extraño que el derecho de divulgación no encuentre reconocimiento en el Convenio de Berna. Como es conocido, allí solo se incluyen las facultades de paternidad e integridad, a lo que se añade que, claramente por la influencia de los países anglosajones, el autor puede defenderse contra los atentados a la obra que causen perjuicio a su honor o reputación, cambio en el texto de la propuesta original (hablaba de «intereses morales»), que propició la adhesión de dichos países. La negociación sobre el tema de los derechos morales entre las delegaciones latinas, con Italia a la cabeza, y las de los países del *Copyright* tuvo numerosas idas y venidas, a las que me he referido en otra ocasión, pero que en síntesis implicaron un grupo de concesiones para que el texto del 6 bis, tal y como ahora lo conocemos, saliera adelante.

Los países del *Copyright* entendieron que el derecho de divulgación o inédito, incluido en la propuesta inicial, dado su carácter inalienable, interfería con los intereses de los intermediarios comerciales, y erosionaba la fuerza vinculante de los contratos de edición, lo que determinó que finalmente no fuera incluido, razones que también son válidas para explicar la ausencia del derecho de retracto o arrepentimiento. Sólo en los Estados Unidos, intereses tan poderosos como los de la Magazine

Publishers' Association, McGraw-Hill, Inc., Time y Dow Jones & Co., formaron un fuerte lobby contra el 6 *bis*, aludiendo que fomentaría tensiones irreparables entre los creadores y los titulares del *copyright*.

2.3. El derecho de inédito, la divulgación y la intimidad del creador

Recientemente, ROGEL VIDE ha señalado su convencimiento de que «... a la postre y si bien se mira, los más importantes derechos morales del autor no son otra cosa, en el fondo, que especificaciones, concreciones de clásicos derechos de la personalidad cuyo campo de acción se proyecta sobre las creaciones intelectuales, ampliándose, de algún modo, por ello —el inédito, por ejemplo, sería concreción de la intimidad, como la paternidad lo sería de la fama y el arrepentimiento del honor—»⁴. En el año 2011 me ocupe modestamente del tema en una obra pequeña que la colección de propiedad intelectual de la editorial Reus me hizo el honor inmerecido de publicar, y a la que he vuelto para la redacción de estas líneas. Al hilo de lo que vengo mencionando sobre el Convenio de Berna, el gran éxito de Piola Caselli, Jules Destree y los otros «padres» del Derecho moral, fue convencer a los anglosajones de que aquellos intereses que les parecían tan sospechosos y peligrosos ya estaban protegidos y regulados de otras formas en sus legislaciones nacionales.

Traigo esta idea a cuento en este acápite que trata sobre la relación entre derecho moral de inédito e intimidad, porque una de esas formas de protección era el llamado *right to privacy*. De dicha categoría fueron precursores los juristas norteamericanos Samuel WARREN y Louis BRANDEIS, en su artículo del mismo nombre publicado en la *Harvard Law Review* en 1890, concepto después retomado y ampliado por Prosser⁵ a mediados del XX. De cómo el derecho moral de divulgación claramente se encuen-

⁴ ROGEL VIDE, Carlos, «Origen y actualidad de los derechos de la personalidad», en ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios de Derecho civil*, Persona y Familia, Reus, Madrid, 2008, p. 30.

⁵ Por cierto que PROSSER, en su no menos conocido artículo «Privacy» (PROSSER, William L., «Privacy», 48 *Cal. L. Rev.*, 383, 1960), sugiere bastante explícitamente que el estilo y el resto de evidencias que rodean la redacción del mítico artículo citado en las notas anteriores, hacen suponer con bastante seguridad que la escritura, y la mayoría de la investigación fueron realizadas por BRANDEIS, que fue el primero de la clase de Harvard del 1877, de la que WARREN fue segundo. Sin embargo, PROSSER significa que ambos estaban dotados de erudición, imaginación y habilidades, y tranquiliza a los lectores asegurando que el artículo fue «*undoubtedly a joint effort, to which both men contributed their ideas*».

tra incluido desde sus inicios en la concepción del *right to privacy* y en conexión con los derechos de la personalidad, habla el siguiente fragmento del artículo fundacional de WARREN Y BRANDEIS: «la protección concedida a los pensamientos, sentimientos y emociones, expresadas por medio de la escritura o el arte, hasta el punto en que consisten en impedir su publicación, es solo una faceta del derecho del individuo a no ser molestado⁶. Es como el derecho a no ser atacado o golpeado, el derecho de no ser privado de la libertad, el derecho de no ser procesado maliciosamente, el derecho de no ser difamado. (...) El principio que protege los escritos personales y todas las otras creaciones personales, no contra el robo y la apropiación física, sino contra la publicación en cualquier forma, no es el principio de la propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la personalidad»⁷.

La obra es, en frase muy socorrida, pero que ilustra como ninguna el asunto, «expresión de la personalidad creativa del autor». Pertenece a su esfera íntima, a sus cavilaciones interiores, y es fruto de un proceso creativo que le imprime su sello individual. En este caso es obvio que es prerrogativa suya decidir cuando está lista para abandonar dicho ámbito personal y ser conocida por otros. En palabras de COLOMBET⁸, «antes de la divulgación, la obra forma parte integrante de su personalidad; con la divulgación se convierte en un bien patrimonial: los derechos patrimoniales nacen a partir de ese momento».

Es por ello que la divulgación inconsciente representa sin dudas una violación del derecho del autor sobre la obra, pero también, como hemos visto, puede lesionar su intimidad. Del consentimiento del autor habla el

⁶ En esta línea, de «escritos personales de carácter íntimo» habla también el artículo 7 de la española Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en su párrafo tercero.

⁷ WARREN Samuel D. y Louis D. BRANDEIS, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, 4, 1890, p. 208. La traducción es de un servidor. Para argumentar aún más su punto, continúan los autores citando el interesante caso *Abernethy v. Hutchinson*, 3 L. J. Ch. 209 (1825), en el cual un distinguido cirujano, impidió la divulgación en una publicación periódica, de conferencias inéditas que había dictado en el hospital *St. Bartholomew's* de Londres. Afirman los autores que Lord ELDON dudó acerca de si podía haber propiedad sobre conferencias no escritas, pero decidió prohibir la publicación sobre la base de una violación de la confianza, estableciendo que las personas que en su carácter de alumnos accedían a las conferencias, a pesar de que fueran realizadas de forma oral, podían escribirlas a mano, pero solo con el propósito de su propia información, y no podían publicarlas para obtener ganancias.

⁸ COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y derechos conexos en el mundo*, Ed. UNESCO-CINDOC, Madrid, 1997, núm. 134.

artículo 4 de la Ley española, y el inciso c del artículo del mismo nombre en la ley cubana emplea el vocablo «autorizar». Como ilícito civil dicha divulgación en contra de la voluntad del autor, o sin haber renunciado o transmitido su derecho, allí donde sea posible, puede darse en el ámbito contractual y extracontractual, anudándose a él las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevé, tanto en orden a la indemnización de daños y perjuicios, como a las correspondientes medidas cautelares para detener cualquier forma de explotación de la obra que seguramente sigue a la divulgación no consentida, y obligar al transgresor a que se abstenga de realizarla en el futuro. Se trata de un tema relacionado pero distinto tema que corresponde a otros ponentes. Con todo, debo decir que la consecuencia fundamental de la divulgación incontestada de la obra es que si bien jurídicamente en algún caso (y en la medida en que esto sea útil o satisfactorio para el autor) puede establecerse la ficción de que la obra regresa a su círculo íntimo, de donde no debió haber salido, a efectos prácticos puede que no sea posible encontrar un remedio que revierta la divulgación de la obra que ya ha sido dada a conocer al público, sobre todo en la era de Internet y los medios globales de comunicación.

El artículo 31 bis.1 del TRLPI da cuenta de como las obras pueden ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente en aras de la seguridad pública o «para el correcto desarrollo de procedimientos judiciales, administrativos o parlamentarios», para lo cual no parece ser obstáculo que la obra haya sido divulgada o no, o que el autor de su consentimiento para ello. Por eso los mencionados actos de explotación pueden conllevar perfectamente la divulgación de la obra. En palabras de MARÍN LÓPEZ, «... se trataría de una solución contradictoria con la caracterización que del derecho de divulgación como derecho moral hace la propia Ley. Ahora bien, semejante constatación sirve para demostrar que ni siquiera los derechos morales se encuentran por encima del propio legislador, de manera que la misma ley que otorga al derecho moral unos poderosos atributos se encarga de despojar de ellos al autor cuando considera que hay otros intereses —públicos en este caso— más dignos de tutela»⁹.

2.4. La divulgación, ¿derecho moral o patrimonial?

La frase de COLOMBET que cité arriba, sobre el nacimiento de los derechos patrimoniales a partir de la divulgación, introduce una arista

⁹ MARÍN LÓPEZ, Juan José, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 103.

del debate que creo interesante, cual es la de valorar la pertenencia de la facultad que estudiamos al ámbito de los derechos morales, patrimoniales, o si integra una especie de *tertium genus* a caballo entre ambos. Mal que le pese a la ortodoxia de la doctrina sobre los derechos morales, un análisis comparativo detallado arroja que la categoría dista mucho de ser homogénea. Los plazos de duración, las formas de ejercicio, la regulación legislativa, hablan de una realidad variopinta unida por el hilo conductor de la protección del autor más allá de la dispensada por la propiedad ordinaria. También las características sacramentales que se estudian en nuestras facultades y se repiten como el credo del prefijo «in» (inalienables, imprescriptibles, inembargables) han sido puestas en cuestión por la doctrina, por la legislación, por la jurisprudencia y sobre todo por la realidad. Para decirlo en palabras del profesor ROGEL, «... la era de los derechos absolutos, irrenunciables, imprescriptibles, posiblemente ya pasó»¹⁰.

Aunque parece haber consenso doctrinal sobre la inclusión del derecho de divulgación en el campo de las facultades morales del autor, un ejemplo de que el tema no es del todo pacífico lo constituye la regulación del derecho de divulgación como derecho patrimonial del autor en la Ley italiana sobre la materia de 1941, concretamente en su artículo 12, que abre una sección titulada «Explotación económica de la obra», en el entendido de que cuando el autor decide el momento y la forma de la publicación de la obra, sujeta ésta a su posible utilización económica.

ESPÍN CÁNOVAS expone que la doctrina italiana se halla dividida en ese particular, y explicando el pensamiento de DE CUPIS afirma que el autor italiano «reconoce que los móviles del ejercicio del derecho de publicación o de inédito, inspirados en consideraciones personales del propio autor, como su reputación y del público, son valores que trascienden el carácter patrimonial, que adquieren una valoración de orden moral, lo que explica la tendencia a hacer entrar este poder en el derecho moral de autor. No obstante, estima DE CUPIS que el autor, al abstenerse de la utilización económica de la obra “ejercita, aunque sea negativamente, el derecho que le corresponde sobre un bien patrimonial”»¹¹. De igual forma puede encontrarse en la doctrina y la legislación del sistema de copyright el llamado «right of first publication», que en esencia coincide con el derecho de divulgación, y que ha sido definido como la forma y el momento en

¹⁰ ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos... cit.*, Vol. III, Ed. Reus, Madrid, 2009, p. 131.

¹¹ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991, p. 72.

que el autor decide que la obra entre al mercado y sea explotada comercialmente¹². Es un derecho que no le corresponde solo al autor, sino en general al titular del copyright, y en su faz dinámica se concibe como un remedio contra la distribución no autorizada.

Es claro que el derecho a la divulgación de la obra no debe ser confundido con los derechos patrimoniales que su ejercicio propicia, aunque sin dudas hay una relación muy estrecha: se trata de que la obra no puede ser explotada económicamente si no se ejercita antes el mencionado derecho por el autor.

Sin embargo, la letra de la ley italiana en este caso parece ir más allá: comentando el artículo 12 nos dice ROMANO siguiendo entre otros a autoridades como VANZETTI y a ASCARELLI, que el derecho de divulgación no es un derecho moral, sino la posibilidad que tiene el autor de elegir el momento a partir del cual se iniciará la explotación económica de la obra. La propia autora matiza más adelante esta idea cuando afirma: «El derecho de publicar la obra es un derecho de doble faz: personalísimo e intransmisible en la versión negativa del derecho del autor a no publicar la obra; patrimonial y por lo tanto transmisible en la versión de derecho de publicar la obra que el autor decide ejercitar, y puede también ceder, con el ejercicio de una facultad de explotación económica»¹³. Es decir, para la autora citada, el derecho de inédito se mantiene dentro de las facultades morales y por lo tanto no es renunciable ni transmisible, pero el ejercicio positivo de la facultad de divulgación no es una facultad autónoma que puede desligarse de la explotación económica: «la primera publicación coincide, de hecho, con la primera forma de explotación económica»¹⁴, por lo que la cuestión de la transmisibilidad es perfectamente aceptable, en tanto se entiende transmitido el derecho de divulgación cuando se transmite alguna facultad patrimonial que lo contenga.

La cuestión, como se ve enseguida, no es ni mucho menos intrascendente, y enseguida veremos algunas de los escenarios que tienen lugar cuando la ley o las partes generan directa o indirectamente, excepciones a la intransmisibilidad e irrenunciabilidad del inédito y la divulgación.

¹² Linford, Jake, «A Second Look at the Right of First Publication», *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol. 58, p. 585, 2011.

¹³ ROMANO, Rosaria, «Articolo 12», en UBERTAZZI, Luigi Carlo (direttore), *La legge sul diritto d'autore. Commentario breve al diritto de la concorrenza*, 3ª edizione, Cedam, Padova, 2004., p. 46.

¹⁴ ROMANO, Rosaria, «Articolo...», cit., p. 47.

2.5. El derecho a la divulgación ¿es intransmisible e irrenunciable?

En la misma clave de la estrecha relación entre facultades morales y patrimoniales se inserta el caso del artículo 56.2 del TRLPI. Como he dicho ya, el derecho de divulgación que sobre sus obras tiene el autor, la decisión acerca de si su obra está terminada y debe salir de su esfera íntima, se ejercita en muchas ocasiones, y dependiendo del tipo de obra, contemporáneamente con facultades patrimoniales, como la de comunicación pública. En este marco, el artículo citado confiere al propietario de una obra de artes plásticas o fotográficas, el derecho de exposición pública de la misma, que comporta simultáneamente su comunicación pública, a tenor de lo preceptuado en el artículo 20.2 inciso h) del TRLPI. Nótese que la Ley, en lo que concierne a este tipo de obras esta redactada en el sentido de que el derecho de exposición se incluye normalmente en los actos de transmisión del *corpus mechanicum*, pues para que no sea así, el autor debe haber «excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original». De todo esto se sigue que cuando la exposición pública por parte del propietario del soporte se produce en los casos en que el derecho de divulgación no ha sido ejercitado por el autor (supuesto previsto y permitido expresamente por la Ley), la divulgación inevitablemente se producirá de manera simultánea con la exposición pública, y serán ambas, facultad moral y la patrimonial, ejercitadas por persona distinta del autor, incluso en vida de éste. La voluntad del autor está presente a cada paso: es él quien decide si va a transmitir *inter vivos* una obra no divulgada, y es él quien decide si se reserva o no la facultad de exponer la obra al público. Más aún, como muestra de que estamos ante una situación excepcional, que concierne, y mucho, al ámbito personal del autor, y de que el propietario del soporte puede divulgar la obra además de comunicarla al público, el propio artículo 56.2 TRLPI, confiere al autor la posibilidad de oponerse (si no se reservó el derecho en su momento), mediante medidas cautelares incluso, a la exposición de la obra cuando esta «se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional», es decir, tomando como fundamento un derecho de la personalidad. Si con todas esas herramientas a su mano, el autor no las ejercita, es evidente que con la enajenación del soporte material de una obra no divulgada, cuya exposición pública no se reserva, o a la que no se opone, está también transmitiendo, o renunciando a favor del adquirente (y de los sucesivos adquirentes, mientras que la obra permanezca sin divulgar), la posibilidad de ejercicio de su derecho de divulgación sobre esa obra concreta, a través de su exposición al público.

ÍNDICE

I. LAS OBRAS INÉDITAS, por RAFAEL ROSELLÓ MANZANO	7
1. LAS OBRAS INÉDITAS.....	7
2. EL INÉDITO COMO DERECHO MORAL, EL ARTÍCULO 14.1 DE LA LPI. INÉDITO Y DIVULGACIÓN. LA DIVULGACIÓN INCONSENTIDA. INÉDITO E INTIMIDAD.....	8
2.1. Antecedentes	8
2.2. Inédito y divulgación. Concepto y regulación en las leyes española y cubana. Ausencia en el Convenio de Berna.....	9
2.3. El derecho de inédito, la divulgación y la intimidad del creador	11
2.4. La divulgación, ¿derecho moral o patrimonial?.....	13
2.5. El derecho a la divulgación ¿es intransmisible e irrenunciable?.....	16
3. VICISITUDES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DIVULGACIÓN. DIVULGACIÓN Y PROPIA IMAGEN. DIVULGACIÓN Y OBRAS REALIZADAS POR ENCARGO. OBRAS FUTURAS Y CONTRATO DE EDICIÓN.....	18
4. LAS OBRAS INÉDITAS DESPUÉS DE LA MUERTE DEL AUTOR; EL ARTÍCULO 15 LPI.....	23
5. BIBLIOGRAFÍA.....	25
II. EL DERECHO DE ARREPENTIMIENTO O RETIRADA DE LA OBRA DEL COMERCIO, por EDUARDO SERRANO GÓMEZ..	27
1. INTRODUCCIÓN.....	27
2. EL DERECHO DE ARREPENTIMIENTO COMO DERECHO MORAL	28
3. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE ARREPENTIMIENTO ...	30
4 REQUISITOS.....	31

4.1. Que la obra haya sido divulgada	31
4.2. Que se produzca un cambio en las convicciones morales o intelectual del autor	32
4.3. Que satisfaga la indemnización previa	34
4.4. La reanudación de la explotación	35
5. DURACIÓN	36
6. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS	37
6.1. El propietario del soporte	37
6.2. Obras creadas por encargo	38
6.3. Derecho de retirada y derecho de exposición pública	38
6.4. Obras en coautoría	39
7. EFECTOS	40
8. CONCLUSIÓN	41
9. BIBLIOGRAFÍA	42
III. LAS OBRAS ANÓNIMAS Y EL DERECHO DE AUTOR , por CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ	43
1. OBRAS ANÓNIMAS. DIVULGACIÓN DE LAS MISMAS Y SU FORMA	51
2. LA CUESTIÓN EN LOS ARTÍCULOS 4, 14 Y CONCORDANTES EN LA LPI DE ESPAÑA Y EN LA LEY CUBANA DE DERECHO DE AUTOR	51
3. DURACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR SOBRE OBRAS ANÓNIMAS. CÓMPUTO DE LOS PLAZOS; EL ARTÍCULO 27.1 LPI DE ESPAÑA Y 45 DE LA LEY CUBANA DE DERECHO DE AUTOR	54
4. OBRAS ANÓNIMAS Y OBRAS PERTENECIENTES A LA CULTURA POPULAR	58
5. CONCLUSIONES	61
6. BIBLIOGRAFÍA	62
IV. LAS OBRAS DIVULGADAS BAJO SEUDÓNIMO , por CARLOS ROGEL VIDE	65
1. AUTORÍA, PATERNIDAD Y SEUDÓNIMO	65
2. CASOS RELEVANTES DE SEUDÓNIMOS Y POSIBLES RAZONES DETERMINANTES DE SU USO	69
3. PLURALIDAD DE SEUDÓNIMOS. HETERÓNIMOS	71
4. SEUDÓNIMOS Y MOTES, PLAGIOS, AUTORÍAS FINGIDAS, <i>NEGREROS Y NEGROS</i>	73
5. EJERCICIO, POR EL EDITOR O EL DIVULGADOR, DE LOS DERECHOS SOBRE LA OBRA PUBLICADA BAJO SEUDÓNIMO Y TESIS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE TAL EJERCICIO	75

6. DESCUBRIMIENTO O REVELACIÓN DE LA VERDADERA IDENTIDAD DEL AUTOR Y SUS CONSECUENCIAS	81
7. BIBLIOGRAFÍA.....	83
V. LAS OBRAS PÓSTUMAS , por LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO ...	85
1. EN TORNO A LA OBRA PÓSTUMA.....	85
2. LA FACULTAD DE DIVULGACIÓN DE LA OBRA TRAS LA MUERTE DEL AUTOR. ESPECIALES RIBETES.....	87
3. LOS ALBACEAS LITERARIOS	94
4. LA <i>VOLUNTAS AUCTORIS</i> : CLAVE EN EL EJERCICIO DE LA DIVULGACIÓN <i>POST MORTEM</i> DE SUS OBRAS.....	96
5. EL PODER DEL INÉDITO	98
6. SOBREVIVENCIA E INTENSIDAD DE LAS FACULTADES DE CONTENIDO MORAL O PERSONAL, CON EL TIEMPO	102
6.1. Duración de los derechos	103
7. DERECHO MORAL SOBRE UNA OBRA EN DOMINIO PÚBLICO.....	105
8. BIBLIOGRAFÍA.....	109
VI. NOTAS CUBANAS A LAS OBRAS HUÉRFANAS , por JUAN MENDOZA DÍAZ	113
1. GOOGLE DESTAPA LA CAJA DE PANDORA	113
2. EL CAMINO EUROPEO	115
a. La armonización española de esta materia.....	117
b. Las obras huérfanas en el panorama normativo cubano	118
VII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN RELACIÓN OBRAS DE CARACTERÍSTICAS SINGULARES. PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA Y PROCESAL DE LAS OBRAS DICHAS; MEDIDAS CAUTELARES AL RESPECTO , por MAYDA GOITE PIERRE y JUAN MENDOZA DÍAZ	123
1. EXORDIO.....	123
2. COMENTARIOS A <i>PRIORI</i> SOBRE EL PENSAMIENTO CRIMINOLÓGICO EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL	124
3. CARACTERÍSTICAS DE LOS TIPOS PENALES QUE PROTEGEN LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....	127
4. EL MECANISMO DE LEYES ESPECIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL	128
5. UNA MIRADA A LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA ANTE LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN A LAS OBRAS DE CARACTERÍSTICAS SINGULARES	128
6. PROTECCIÓN EN EL CAMPO CIVIL Y ADMINISTRATIVO DEL DERECHO DE AUTOR EN CUBA	130

7. DISCRETA AMPLIACIÓN DEL PRECARIO RÉGIMEN CAUTELAR.....	131
8. EL DILEMA DE LA LEGITIMACIÓN	132
9. BIBLIOGRAFÍA.....	134
VIII. SINGULARIDADES SUBJETIVAS EN RELACIÓN CON LOS ARTISTAS. LAS INTERPRETACIONES BAJO SEUDÓNIMO. DERECHO ESPAÑOL, CUBANO Y COMPARADO, por ABEL MARTÍN VILLAREJO	137
1º. NOMBRE, SEUDÓNIMO Y NOMBRE ARTÍSTICO. ASPECTOS GENERALES, PREMISAS Y ACOTACIONES	138
1.1. Aproximación al tema.....	138
1.2. Precisiones conceptuales.....	139
1.2.1. El nombre: tipología	139
1.2.2. El seudónimo o « <i>nombre artístico</i> ».....	140
1.3. Virtualidades, objetivos y efectos buscados con el nombre artístico	141
1.4. Derechos de autor vs. Derechos conexos, afines o vecinos ...	143
1.5. Aspectos generales sobre el derecho de paternidad del artista y el «nombre artístico».....	145
2º. SEUDÓNIMO TRANSPARENTE, HETERÓNIMO, NOMBRE DE ARTE O NOMBRE ARTÍSTICO. EN RELACIÓN CON LAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES	148
3º. LAS INTERPRETACIONES BAJO SEUDÓNIMO COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO DE PATERNIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	151
4º. EL NOMBRE Y EL SEUDÓNIMO ARTÍSTICO EN EL DERECHO ESPAÑOL, CUBANO Y COMPARADO.....	156
4.1. Derecho español.....	156
4.1.1. Protección a través de la ley de propiedad intelectual.....	156
4.1.2. Otros medios de protección en el ordenamiento jurídico español.....	159
4.2. Derecho cubano.....	164
4.3. Derecho comparado	165
4.3.1. En Europa.....	165
4.3.2. En América Latina	167
5º. EL SEUDÓNIMO DE LOS ARTISTAS, O NOMBRE ARTÍSTICO, EN EL COPYRIGHT ANGLOSAJÓN	170
5.1. El seudónimo del artista como marca o signo distintivo, y su relación con los derechos morales o análogos en el Copyright anglosajón	170
5.2. La protección del nombre artístico en los Estados Unidos ...	174

5.2.1. El derecho de publicidad.....	174
5.2.2. El nombre artístico como marca.....	187
5.2.3. Relación entre el derecho de publicidad y la marca, como mecanismos para la protección del seudónimo o nombre artístico	193
5.2.4. El nombre artístico y la denominada « <i>ciberusurpa- ción</i> »	195
5.3. La protección del nombre artístico en otros países en los que rige el Copyright: Canadá, Reino Unido y Australia ...	198
5.3.1. Canadá.....	198
5.3.2. Reino Unido	199
5.3.3. Australia	200
5.4. Consideraciones finales en relación la protección del nombre artístico en el Copyright anglosajón	200

