

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

DERECHO DE AUTOR Y DESTRUCCION DE LA OBRA PLASTICA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 9 de diciembre de 1985)

RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: 1. Los hechos. 2. Considerandos de la Sentencia. 3. Fundamentos de Derecho del voto particular. 4. Comentario de la sentencia: protección jurisdiccional del derecho moral de autor como derecho fundamental reconocido por la Constitución. 5. El derecho moral del artista de obra plástica frente a su destrucción por el adquirente y propietario de la misma: hipotética protección constitucional del derecho.

SENTENCIA: De 9 de diciembre de 1985.

OBJETO: Derecho fundamental a la producción y creación artística: derecho de autor; derecho al honor. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: ámbito de aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

PARTES: Don Pablo Serrano Aguilar (recurrente) *contra* Industrias Turísticas, S. A.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

FALLO: No ha lugar al recurso.

VOTO PARTICULAR del Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS: Artículos 1.691-1.º y 5.º LEC, 18-1, 20.1.b), 24-1 y 53 de la Constitución, 11 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, disposición transitoria 2.ª-2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, arts. 1.º y 9.º y disposición transitoria 2.ª de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y a la propia Imagen, Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero.

DOCTRINA: Apreciada la excepción de incompetencia de jurisdicción por los juzgadores de instancia, no se les puede reprochar el seguir un procedimiento que después califican de inadecuado, puesto que, en virtud del principio rogado de la jurisdicción, el demandante dedujo su pretensión por el cauce del procedimiento que creyó pertinente, al que se opuso la contraparte, alegando la excepción referida dentro del único procedimiento en

que podía hacerlo, que era el elegido por la parte actora para que se tramitase la pretensión.

Cuando la Constitución reconoce y protege —en su artículo 20, apartado uno, letra b)— los derechos a la producción y creación artística, lo que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el *derecho de autor*, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la *esencialidad*, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y conlleva la necesidad de la *exteriorización*, puesto que se crea o produce arte, para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho en favor de aquéllos a los que se exterioriza —público, adquirente, receptores— el primero de los cuales tiene por objeto un «bien inmaterial», mientras que en el segundo es un «bien material»; lo cual plantea una serie de problemas de coordinación de ambos derechos, que supone la de los respectivos intereses que entran en juego, que surgen, no con la persona, sino como consecuencia de una actividad de ésta, cuya solución es difícil... y que la Constitución no sólo no resuelve, sino que ni siquiera intentó resolver instaurando una nueva normativa, pues tiene buen cuidado, respecto de éste y de los demás derechos que consagra, en dejar las peculiaridades de cada uno de ellos a la regulación especial que les corresponda, según se establece en el apartado cuarto del artículo 20 y en el apartado primero del artículo 53.

El tratamiento jurisdiccional del derecho a la producción y creación artística no ha sido alterado ni en su aspecto penal ni en el aspecto civil, pues no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

La 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 se refiere a estrictos derechos de la personalidad, a los que no puede equipararse el derecho de autor.

La referencia que hace la disposición transitoria 2.ª dos de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, al artículo 53.2 de la Constitución, debe ponerse en relación con el apartado uno del mismo, en cuyo segundo inciso se dispone que «sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos», lo que significa que habrá que estar a lo que legalmente se establezca justo para ese ejercicio.

La única vía, de la que habla, con carácter previo al recurso de amparo, la disposición transitoria 2.ª dos de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, es la contencioso-administrativa, en las dos variantes de ordinaria y de la configurada en la Sección de la Ley de 26 de diciembre de 1978 (también contencioso-administrativa), a cuyos efectos, única y exclusivamente, se extiende el ámbito de la Ley. La extensión generalizada de ese ámbito de la ley de 26 de diciembre de 1978 sería contraria a la normativa legal de los derechos y libertades fundamentales.

La fórmula genérica del artículo 20.1.b) del texto constitucional no fue producto de la imprecisión, sino introducida conscientemente, de la que se mantuvo la única línea lógicamente posible, tanto en cuanto a la configuración del instituto «derecho de autor», como, sobre todo, por lo que respecta al procedimiento jurisdiccional para su ejercicio, que ha quedado intocado, pendiente, como también es lógico, de su estructuración legislativa propia y específica.

1. LOS HECHOS:

Aparecen sucintamente recogidos en el primer considerando de la sentencia. La sociedad demandada encargó una obra escultórica al demandante con destino al «hall» de un hotel de su propiedad. Una vez instalada la obra, la empresa propietaria procedió a desmontarla, al considerar que no guardaba armonía con el resto de la decoración, depositando las piezas en sus almacenes.

El escultor demandó una primera vez a INTUSA, pidiendo que se dictara sentencia por la que se declarase:

— «Que el actor es propietario de la escultura de arte «Viaje a la luna en el fondo del mar» y tiene sobre la misma los derechos de propiedad artística reconocidos en el Código Civil y leyes especiales.

— Que la destrucción de dicha obra por la entidad demandada integra evidente e injustificable agresión al derecho dominical del actor sobre su obra artística referida.

— Que la entidad demandada ha ocasionado daños y perjuicios cuya evaluación se llevará a cabo y cuya cuantía se fijará en período de ejecución de sentencia.

— Que dicha entidad demandada, Intusa, Sociedad Anónima, debe abonar a mi mandante la cantidad que en tal período procesal se determine.

—Que Intusa, Sociedad Anónima, debe ser condenada expresamente al pago de todas las costas de este procedimiento por su temeridad y mala fe.»

La demanda fue totalmente desestimada tanto en primera y segunda instancia, como en casación (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965. Ponente: Excmo. Sr. Don Tomás Ogáyar y Ayllón).

La nueva demanda se interpone al amparo de la eficacia directa e inmediata de la Constitución, y utilizando la vía procedimental (de los incidentes) prevista por la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. El suplico de la nueva demanda tiene el siguiente contenido:

— Declarar que INTUSA ha vulnerado y desconocido el derecho fundamental a la producción y creación artística, reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución, y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho.

— Reconocer el derecho fundamental a la producción y creación artística del demandante de conformidad con su contenido constitucional, dentro del cual quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial de autor.

— Restablecer al demandante en la integridad de su derecho fundamental lesionado condenando a la demandada:

a) A poner a disposición del demandante los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», a fin de que pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte.

b) A indemnizar al demandante, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieren irrogado por la vulneración de su derecho fundamental a la producción y creación artística desde el 29 de diciembre de 1978, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental en cuestión, comprometiéndose el demandante a poner el importe de la indemnización a disposición de la Dirección del Círculo de Bellas Artes de Madrid, con destino a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho español.

— Imponer las costas procesales a INTUSA.

La entidad demandada, INTUSA, se opuso, alegando inadecuación del procedimiento, cosa juzgada y, en defecto de las dos anteriores excepciones, inexistencia de la infracción pretendida de los derechos fundamentales de la Constitución.

Tanto en primera como en segunda instancia se apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción. El recurso de casación (que se desestima) se articula en dos motivos:

«*Primero*: Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, al infringir la sentencia recurrida los artículos 24.1 y 53.2 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, la disposición transitoria 2.ª2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; y el artículo 11, en sus dos números, de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. *Segundo*: Fundado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La sentencia recurrida infringe el artículo 20.1.b de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (y, alternativamente, el artículo 18.1 de la misma en cuanto al honor y reputación artísticas) al negar su aplicabilidad al caso, la cual procede con arreglo a la disposición transitoria 2.ª2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, y la jurisprudencia constitucional que se dirá.»

2. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA

CONSIDERANDO: Que el presente recurso y el pleito de que trae causa, derivan de otro anterior —terminado con Sentencia de este Tribunal Supremo de veintiuno de junio de mil novecientos sesenta y cinco—, interviniendo las mismas personas, en la misma calidad, las mismas cosas y la misma causa de pedir con arreglo a la legislación y al procedimiento vigentes a la sazón, relacionado con una obra escultórica intitulada «Viaje a la

Luna en el Fondo del Mar», realizada por el ilustre escultor que en los dos pleitos figuró como demandante, para ser instalada en el «hall» del hotel «Las tres carabelas» (propiedad de la empresa «Industrias Turísticas, S. A.»), de la localidad de Torremolinos, donde una vez cumplido el encargo —con materiales y mano de obra suministrados por la empresa referida— y pagado su importe, fue efectivamente instalada, aunque por poco tiempo, pues la empresa propietaria, alegando que lo realizado «no se ajustaba al boceto elegido» y contrastaba con la decoración del hotel, ordenó desmontarla, guardando sus elementos componentes en un almacén, ante la negativa del artista a que fuese instalada en ningún otro lugar; su pretensión, como demandante, se basaba en el derecho moral de autor, de carácter personalísimo, que le otorgaba la paternidad de la obra, que le permitía poder impedir que se deforme o mutile, con la facultad de reproducción e incluso de retirarla de la circulación, con base en lo cual solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su propiedad artística, que habrían de ser fijados en período de ejecución de sentencia; pretensión, a la que se opuso el comprador de la obra, alegando su derecho de propiedad, sólo limitable por la ley o la voluntad de las partes, decidiéndose la disputa en instancia y en casación, en favor de lo segundo, con apoyo en la legalidad aplicable, a cuyo tenor el artista puede reproducir su obra y exponer la reproducción, pero no disponer del ejemplar concreto adquirido por quien lo compra, al que no se puede obligar a ser desposeído de lo que adquirió, sin que pueda deducirse otra cosa del Convenio de Berna de 1886, ni de las Conferencias de Roma de 1928 y de Bruselas de 1948, ratificados por España, pero que no tuvieron el necesario desarrollo positivo en nuestro país, donde continuaba rigiendo la vieja ley de diez de enero de mil ochocientos setenta y nueve, que no permitía una solución diferente, en relación con el artículo mil novecientos dos del Código Civil, que fue el alegado en apoyo de la pretensión ejercitada por la vía procedimental permitida.

CONSIDERANDO: Que el nuevo planteamiento se basa en el cambio de legislación producido en España a partir de la promulgación de la Constitución política de mil novecientos setenta y ocho y de las leyes que, en este punto, la complementan, especialmente de la de veintiséis de diciembre del mismo año, llamada de «Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», que se estima no afectan al principio de cosa juzgada respecto de la Sentencia de este Tribunal Supremo, antes citada, de veintinueve de junio de mil novecientos sesenta y cinco, afirmando que ésta tiene un límite cronológico inmanente que deriva de que la desestimación del recurso anterior se produjo por no existir disposición que específicamente sancionase o amparase el derecho que se pretendía y teniendo la Constitución una eficacia directa y aplicativa inmediata, se explica que una situación jurídica lícita, con anterioridad, pueda transformarse en otra ilegítima e inconstitucional desde el momento de la entrada en vigor de la Norma suprema y justifica que se pueda ejercitar una pretensión distinta de amparo de un derecho fundamental, cual es el de la creación y producción artística del artículo veinte, uno, apartado letra b) de la Constitución, pues la obra discutida fue sólo desmontada —no destruida— continuando

como estaba, por lo que subsiste el efecto del acto y, consiguientemente, la posibilidad de hecho, de que el artista la recree de nuevo, la modifique o incluso la retire, utilizando para ello, el procedimiento jurisdiccional nuevamente creado; pretensión que fue desestimada en las dos instancias, donde se acogió la excepción formulada de contrario, de incompetencia de jurisdicción, por inadecuación de procedimiento, contra la que se alza el motivo primero del recurso, que, por el cauce del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia defecto en el ejercicio de la jurisdicción, con infracción de los veinticuatro, uno y cincuenta y tres, dos de la Constitución, de la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de tres de octubre de mil novecientos setenta y nueve y del artículo once, en sus dos números, de la ley de veintiséis de diciembre de mil novecientos setenta y ocho; preceptos, los citados, a los que sirven de cobertura genérica los constitucionales, siendo de recordar que el veinticuatro, uno, proclama que las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; y, a su vez, el cincuenta y tres, dos, dispone «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo catorce y la Sección primera del Capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional»; en consonancia con lo cual y en virtud del principio rogado de la jurisdicción, el demandante en su día, dedujo su pretensión por el cauce del procedimiento que creyó pertinente, al que se opuso la contraparte, justo en uso de su derecho, alegando la excepción referida, con base en las razones que consideró oportunas, dentro del único procedimiento en que podía hacerlo, que era el elegido por la parte actora para que se tramitase la pretensión, lo que priva de validez al reproche que el recurso formula en este sentido, contra los juzgadores de instancia, de seguir un procedimiento que después califican de inadecuado.

CONSIDERANDO: Que el derecho que se alega como perjudicado en este caso, se pone en relación con el artículo veinte de la Constitución, apartado uno, letra b), a cuyo tenor «se reconocen y protegen los derechos... a la producción y creación... artística», precepto que está incluido en la Sección primera (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas), del Capítulo segundo (Derechos y libertades) del Título primero (De los derechos y deberes fundamentales); siendo de observar que lo que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el *derecho de autor*, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la *esencialidad*, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y conlleva la necesidad de la *exteriorización*, puesto que se crea o produce arte para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro

derecho en favor de aquéllos a los que se exterioriza —público, adquirente, receptores—, el primero de los cuales tiene por objeto un «bien inmaterial», mientras que en el segundo es un «bien material»; lo cual plantea una serie de problemas de coordinación de ambos derechos, que supone la de los respectivos intereses que entran en juego, que surgen, no con la persona, sino como consecuencia de una actividad de ésta, cuya solución es difícil, que se intentó resolver en Derecho comparado sin resultados plenamente satisfactorios y a veces chocantes con las soluciones prácticas de la aplicación jurídica, que en España se acometió con el reciente intento de que se tiene noticia, de elaboración de un Proyecto de ley, en tramitación; pero que la Constitución no sólo no resuelve, sino que ni siquiera intentó resolver instaurando una nueva normativa, pues tiene buen cuidado, respecto de éste y de los demás derechos que consagra, en dejar las peculiaridades de cada uno de ellos a la regulación especial que les corresponda, según se establece en el apartado cuarto del artículo veinte al hablar de «los preceptos de las leyes que lo desarrollen», y en el apartado primero del artículo cincuenta y tres, donde se añade que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos».

CONSIDERANDO: Que como complemento de cuanto antecede, es de señalar que el tratamiento jurisdiccional de la figura no ha sido alterado ni en su aspecto penal, ni sobre todo, por lo que aquí interesa, en el aspecto civil, pues no está comprendida en la ley, que se dice infringida, de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, de «Protección jurisdiccional de los derechos de la persona», en cuyo artículo primero, apartado uno, se dice que «el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, gozarán de las garantías jurisdiccionales que en la misma se establecen»; no son todos los llamados derechos fundamentales, sino sólo los comprendidos en ella, que son, específicamente, los señalados en el apartado segundo del precepto, sin perjuicio de lo establecido en su Disposición final, que son los siguientes: libertades de expresión, reunión, asociación, libertad y secreto de la correspondencia, libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público; el artículo once (primero de la Sección tercera dedicada a la «garantía jurisdiccional civil») establece, en su apartado primero, que «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona comprendidas en el ámbito de esta ley», añadiendo en el apartado segundo que «las disposiciones de esta Sección serán aplicables, en todo caso, cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona a que se refiere esta ley establezcan alguna reclamación de orden civil»; y la Disposición final referida insiste en este ámbito restringido, al decir que «dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento judicial de amparo o tutela de los derechos reconocidos en la misma, el Gobierno, por Decreto legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, podrá incorporar al ám-

bito de aplicación de esta ley, los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella»; en cumplimiento de lo cual se promulgó solamente el Real Decreto de veinte de febrero de mil novecientos setenta y nueve (número trescientos cuarenta y dos), cuyo artículo único disponía que «quedan incorporados al ámbito de la protección de la Ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical».

CONSIDERANDO: Que, complementado, a su vez, el referido Real Decreto, se aprobó la Ley orgánica de cinco de mayo de mil novecientos ochenta y dos, en cuyo artículo primero se reduce el ámbito de su aplicación al «derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución» y dentro del Capítulo segundo, dedicado a la «protección civil» de los expresados derechos, el artículo nueve establece que «la tutela judicial de los derechos a que se refiere la presente ley, podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución»; disponiéndose en la Disposición transitoria primera que «en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo dieciocho, cuatro de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar se regulará por la presente ley»; y de su parte, en la Disposición transitoria segunda se establece que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo cincuenta y tres, dos de la Constitución, sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta ley... por cualquiera de los procedimientos establecidos en las Secciones II y III de la Ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho»; referido todo ello a estrictos derechos de la personalidad, a los que no puede equipararse el derecho de autos cuestionado, que el legislador, con toda justeza y acierto jurídico, no equiparó.

CONSIDERANDO: Que otro tanto sucede con la regulación y aplicación en materia estrictamente constitucional, alegada por el recurso como infringida; en efecto: la Disposición transitoria segunda, dos, de la Ley orgánica del Tribunal constitucional de tres de octubre de mil novecientos setenta y nueve, lo que literalmente determina es que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo, será la *contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho sobre Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos, el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere*

el expresado artículo cincuenta y tres, dos de la Constitución»; disposición que, contrariamente a cuanto se sostiene en el recurso, lejos de desvirtuarlo hasta aquí expuesto, viene a confirmarlo: en primer lugar, porque la referencia que hace al precepto constitucional, debe ponerse en relación con el apartado uno del mismo, en cuyo segundo inciso se dispone que «sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos», lo que significa que habrá que estar a lo que legalmente se establezca justo para ese ejercicio, en la forma que quedó expuesta; en segundo término, porque la única vía de que se habla —con carácter previo al recurso de amparo— es la contencioso-administrativa, en las dos variantes de ordinaria y de la configurada en la Sección segunda de la ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho (también contencioso-administrativa), a cuyos efectos única y exclusivamente se extiende el ámbito de la Ley; y en tercer lugar, porque la extensión generalizada, que pretende el recurso, sería contraria a la normativa legal de estos derechos, cuyas posibilidades de ejercicio procedimental, no puede ser alterada de la forma indirecta que se intenta.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede considerarse infringida la Jurisprudencia recogida en las resoluciones del Tribunal constitucional que cita el recurso en apoyo de su interpretación, pues las Sentencias de quince de noviembre de mil novecientos ochenta y dos y veintidós de junio de mil novecientos ochenta y tres, se refieren las dos a unos recursos de amparo, como consecuencia de sendos procesos *laborales*, partiendo evidentemente de la equiparación de los mismos a la jurisdicción contencioso-administrativa que, como se dijo, está expresamente admitida en el ámbito de las posibilidades legales; el Auto de cinco de mayo de mil novecientos ochenta y dos hace relación a los derechos de igualdad y libertad, respecto de un pleito seguido por un fotógrafo al que una asociación profesional se negó a admitir como miembro, derechos de los que trae causa, sin duda comprendidos en la enumeración del apartado segundo del artículo primero de la Ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho; y la Sentencia de doce de junio de mil novecientos ochenta y cuatro que se limita a proclamar que «los derechos fundamentales tienen en la Ley de mil novecientos setenta y ocho una triple protección, correspondiendo a la civil el carácter de ordinaria y plena para el conocimiento de las reclamaciones que se formulen respecto de los bienes en los que el autor tenga la condición de particular», donde se proclama un principio general indiscutible, pero que, forzosamente tiene que atemperarse a los supuestos concretos que la ley establece, en la forma y con el procedimiento que en la misma se determine, sin que se haga referencia al supuesto que se examina.

CONSIDERANDO: Que todo cuanto antecede está poniendo de manifiesto que la fórmula genérica del artículo veinte, uno, b) del texto constitucional, no fue producto de la imprecisión, sino introducida conscientemente, de la que se mantuvo la única línea lógicamente posible, tanto en cuanto a la configuración del instituto «derecho de autor», como sobre todo, por lo que respecta al procedimiento jurisdiccional para su ejercicio, que ha quedado intocado, pendiente, como también es lógico, de su estructuración le-

gislativa propia y específica, que no es misión que corresponda al Juzgador, limitado por ley a la interpretación y aplicación del Derecho; y asimismo, pone de relieve la falta de fundamento del primer motivo del recurso, que no puede ser acogido, al no justificar debidamente que el procedimiento seguido era el adecuado, lo que impide el examen del segundo, referente al fondo del asunto y supone la desestimación del recurso en su totalidad, con los preceptivos pronunciamientos del último párrafo del artículo mil setecientos quince de la Ley de Enjuiciamiento, respecto de las costas causadas en este trámite y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar, contra la sentencia que en dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cinco, dictó la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; condenando a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL VOTO PARTICULAR

Primero.—Los dos motivos en que se ampara y fundamenta el recurso de casación de que se trata tienen su base impugnadora de la sentencia a que se refiere en un aspecto formal, cual es determinar si es o no adecuado el procedimiento empleado por el demandante, ahora recurrente, Don Pablo Serrano Aguilar, en relación con las pretensiones formuladas en la súplica del escrito de demanda iniciadora del debate judicial de que dicho recurso dimana, y en un aspecto material, consistente en determinar si, de merecer solución afirmativa tal cuestión de forma, son o no viables las mencionadas pretensiones de fondo.

Segundo.—En orden al primer motivo, que el mencionado recurrente don Pablo Serrano Aguilar formuló, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, a causa de infracción en la sentencia recurrida de los artículos 24.1 y 53.2 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, la disposición Transitoria 2.º-2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y el artículo 11, en sus dos números, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, su estimación surge en cuenta que al prevenir el citado artículo 24.1 de la Constitución Española que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», y sancionar el artículo 53.2 de la misma Constitución, prevalente en el orden jerárquico de las Fuentes del Derecho y base primaria y fundamental de todos ellos, que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª

del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, unido a que la Disposición Transitoria 2.º2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, establecía que, en tanto no se desarrollaran las previsiones del mencionado artículo 53.2 de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales había de entenderse vía judicial a la interposición del recurso de amparo constitucional la contencioso-administrativa o la configurada en la Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2 de la Constitución, entre cuyos derechos, en opinión del Magistrado que suscribe, ha de entenderse, de hecho y jurídicamente, los que en el orden moral correspondan al autor de una obra artística, como la que es objeto de controversia, en cuanto a alteración o disgregación de sus elementos, almacenándolos, cual ha sucedido en el presente caso, afecta indudablemente a la producción y creación artística, cuyo reconocimiento y protección proclama el epígrafe b) del apartado 1, 20 de la invocada Constitución Española, y relacionado todo ello con el contenido del artículo 11, en sus apartados 1 y 2, de la precitada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, disponga que la garantía jurisdiccional, que la misma acoge mediante el procedimiento que establece en su Sección Segunda, procede para «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de dicha Ley, o para impugnar pretensiones relativas a la misma», y que las disposiciones de dicha Sección serán aplicables en todo caso cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona, a que se refiere la precitada Ley, establezcan alguna reclamación de orden civil», claramente está poniendo de manifiesto que, en tanto no se dicte una específica normativa procedimental que desarrolle la protección civil de los derechos que reconoce la Sección Primera del Capítulo Segundo de la mencionada Constitución Española, sea de procedente aplicación, en criterio del Magistrado que suscribe, la invocada prevenida en la indicada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, al que expresamente se remite la referida Disposición Transitoria 2.º2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, aplicable en consecuencia al supuesto ahora enjuiciado, y al que correcta y adecuadamente acudió el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, desde el momento que, en opinión del Magistrado que suscribe, según viene dicho, el reconocimiento y protección del derecho a la producción y creación artística que, por proyección de propiedad residual, amparan en el orden moral al autor para impedir que su obra sea alterada, disgregada en sus elementos, para su almacenamiento, es de estimarlo comprendido entre los derechos fundamentales, concretamente el de producción y creación artística, reconocido en el mencionado epígrafe b) del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución Española, incardinado en su Sección Primera del Capítulo Segundo, a que se remite el aludido artículo 53,2, del mismo ordenamiento constitucional, cuya protección con base en el expresado pro-

cedimiento fijado en la tan citada Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sanciona la Disposición Transitoria 2.ª-2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, como explícito reconocimiento de la vinculación inmediata de lo que emana de la propia Constitución, determinante de que no necesita una «interpositio legislatores», es decir, una intención del legislador ordinario, para que sus normas puedan y deban ser aplicadas, ya que condicionar la «protección» de un derecho subjetivo es condicionar indebidamente el «agere licere» del propio derecho, y mayormente en cuanto afecta a derechos fundamentales, como son los reconocidos en la tantas veces mencionada Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y que, como previene el artículo 10.1 de la misma tienen consideración de derechos subjetivos axiológicamente primarios en nuestro ordenamiento, dado que, según doctrina del Tribunal Constitucional, a que se alude en el motivo de casación que se examina, cuando se produce una perturbación de un derecho fundamental, «hay un derecho del ciudadano a esta protección prevista por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre», de tal manera que si, ejercitándose una pretensión cualificada por la indicada fundamentación, se niega el proceso, se está privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos o libertades fundamentales, y no podría decirse que la garantía jurisdiccional se respeta cuando, negado el proceso específico, se remite al interesado a otro tipo procesal, porque constituye una violación de las garantías de que la Constitución y la Ley ha dotado a los derechos y libertades fundamentales.

Tercero.—En cuanto al segundo motivo, que el recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, fundamenta al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate, que dicho recurrente especifica en infracción del artículo 20.1.b. de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (y, alternativamente, al artículo 18.1 de la misma en cuanto al honor y reputación artísticos), al negar la sentencia recurrida su aplicación al caso, la cual procede con arreglo a la Disposición Transitoria 2.ª-1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979 y jurisprudencia constitucional de que se hace cita, es también de llegar a solución estimatoria, porque no negado, sino por el contrario implícitamente reconocido en la sentencia recurrida, en cuanto que lo hace presupuesto de la decisión que da a las pretensiones formuladas en el escrito de demanda iniciador del juicio de que este recurso dimana, que don Pablo Serrano Aguilar, escultor de reconocido prestigio nacional e internacional, construyó la obra escultórica denominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», adquirida por la entidad demandada, «Industrias Turísticas, S. A.», para su ubicación en el hotel «Tres Carabelas», de su propiedad, sito en Torremolinos (Málaga), cuya obra con posterioridad a su instalación procedió la referida entidad adquirente a retirarla, desmontarla y desguazarla para su almacenamiento en una dependencia reservada de dicho hotel, conduce al reconocimiento de vulneración con ese comportamiento del derecho a la creación artística, que espe-

cificamente reconoce el epígrafe b), del apartado 1, del artículo 20 de la Constitución Española, que viene a ser una concreta y singular aplicación del derecho de libre expresión y difusión de la libertad de pensamientos e ideas, mediante la reproducción que proclama el epígrafe a) del mismo apartado del referido precepto constitucional, y que en definitiva es proyección del artículo 27,2 de la Declaración de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 10 de diciembre de 1948, Convenio de Berna para la Unión Internacional para la Protección de las obras literarias y artísticas, celebrado el 9 de septiembre de 1886, con algunas modificaciones llevadas a cabo en la Conferencia de Berlín de 13 de noviembre de 1908, con posterior revisión en Bruselas el 26 de junio de 1948, así como el Convenio Universal de Ginebra, sobre el derecho del autor, celebrado el 6 de septiembre de 1952, con las correspondientes ratificaciones por España, en tendencia no sólo a reconocer y proteger el derecho de libertad respecto a toda ingerencia en el proceso intelectual que concluye en una objetivación literaria, artística, científica o técnica y en la difusión de ésta, sino constitucionalizando el núcleo esencial del derecho del autor a la protección de sus intereses morales y materiales, que incluso tiene reflejo y manifestación interpretado de acuerdo con la Constitución Española, pues al prevenir que el autor de una obra literaria, científica y artística, tiene derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad, está proclamando, según tiene ya declarado esta Sala en Sentencia de 14 de octubre de 1983, que el derecho del autor se halla integrado, entre otros, por la facultad de disfrute o explotación económica, que le legitima para la obtención de las utilidades pecuniarias que la obra produce y la facultad de difusión, en ejercicio de la cual corresponde al autor decidir sobre la publicación y sus circunstancias, configurador de los elementos personal y patrimonial emanantes del doble derecho que indudablemente integra el que tiene el autor en relación con la obra realizada, y cuyo elemento personal, al estar formado por lo que suele llamarse derecho moral del autor, se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial, cuyo propósito no es otro que salvaguardar derechos tan básicos para la personalidad del autor como es su propia paternidad de la obra, de suerte que no sea desconocida, y defender su integridad contra deformaciones o atentados que la desfiguren, causando agravio o perjuicio al buen nombre y crédito de su autor, impidiendo, en consecuencia, deformaciones o atentados espirituales dañosos, con asignación de caracteres de derecho absoluto, no evaluable en dinero, inalienable, intransmisible e imprescriptible, inherente a la circunstancia de que parificado con el derecho de dominio de la obra realizada, derivada de transmisión a un tercero por su autor, se mantenga un dominio desigual de éste que le faculte en todo momento, para que la obra no resulte alterada, desvirtuada, deformada, mutilada o con cualquier otra modificación que fuere perjudicial al honor o reputación del autor, creador de una posibilidad reivindicadora de su paternidad de la obra con el exclusivo fin del ejercicio de oponerse a que tales situaciones se produzcan como lógica consecuencia del vínculo permanente que entre el autor y la obra ha quedado establecida en la ma-

nifestación material de una concepción revelada por el intelecto, que es precisamente lo pretendido por el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, mediante lo solicitado en los pedimentos 1.º y 2.º y epígrafe a) del 3.º, formulados en la súplica del escrito de demanda inicial, ante la anómala circunstancia de que la entidad demandada, ahora recurrida, «Industrias Turísticas, S. A.», sin conocimiento del citado autor de la obra, hubiese procedido a desvirtuarla, desguazándola mediante la descomposición de todos sus elementos, que pasaron a ser almacenados en una dependencia del hotel «Tres Carabelas», sito en Torremolinos (Málaga), en que en principio había sido instalada, dado que con esa descomposición de los elementos integradores de la obra se crea un evidente desprecio de ésta en la unidad en que fue configurada, con el consiguiente perjuicio moral que ello representa y el menosprecio que significa para su autor que, por la lenidad de dicha entidad adquirente, ve desvirtuada su labor intelectual o artística proyectada a la obra realizada.

Cuarto.—A lo precedentemente expuesto en nada obsta, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, el hecho de que el desmontaje, desintegración y almacenamiento de los elementos que integraban la mencionada obra escultórica nominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», objeto de controversia, hubiese sido llevado a cabo con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, con sometimiento a debate y decisión judicial denegatoria de las pretensiones del tan aludido autor de la obra, también con antelación a la vigencia de tal ordenamiento jurídico constitucional, dado que esas circunstancias procedimentales ni pueden conducir a situación jurídico-procesal de cosa juzgada, ni creación de módulo extintivo del derecho del autor de la obra a que ésta sea respetada en su aspecto unitario, y no disgregador de sus distintos elementos por su almacenamiento, privando de efectividad unitaria al desarrollo material de lo mentalmente imaginado y proyectado por el autor, puesto que reconocido, al no ser negado en la sentencia recurrida, que por el contrario parte del supuesto de supervivencia, que el desmontaje y disgregación de los elementos que formaban unitariamente la obra en cuestión, con almacenamiento de aquéllos, tanto quiere decir que la situación que agravia los legítimos derechos del autor, derivados de su propiedad residual compatible con la del adquirente de la obra tan citada, persiste con posterioridad al derecho fundamental innovado por la referida Constitución Española, con la lógica consecuencia de que los efectos emanantes de tal comportamiento de la entidad demandada, «Industrias Turísticas, S. A.», sean hasta ahora duraderos, y por tanto no se encuentren agotados tales efectos de proyección al perjuicio moral que con ello se causa al artista, autor de la obra tan aludida, con la consiguiente consecuencia lesiva que ello comporta al derecho fundamental reconocido en el precitado epígrafe b) del apartado 1, del artículo 20 de la Constitución Española, por vulneración del respeto que merece la reputación artística; de una parte debido a que si la cosa juzgada requiere, entre otros requisitos, la existencia de una misma causa o razón de pedir (causa petendi), en manera alguna puede apreciarse en el caso, cual el ahora examinado, en que la pretensión pro-

ducida en el posterior juicio provenga del reconocimiento que establece una normativa dada con posterioridad al planteamiento y decisión del anterior debate judicial planteado, dado que lógica y jurídicamente no puede apreciarse identidad causal con base en lo que todavía no había sido reconocido por la correspondiente norma jurídica; y, de otra parte, a causa de que si, según previene la Disposición Transitoria 2.º, apartado 1.º, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los plazos para el ejercicio de las acciones ante el mismo comenzarán a contarse desde el día de la constitución del Tribunal «cuando las leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos», lo mismo significa no simplemente una norma directa encaminada a cómputo de plazos, sino también, indirectamente, la presuposición de que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar disposiciones, resoluciones y actos anteriores a su constitución con tal de que no hayan agotado sus efectos, y en consecuencia que pueda entender de estos casos y aplicar a ellos la Constitución, y, en general, el bloque de la constitucionalidad, con base en la falta de agotamiento de efectos, que ciertamente hay que tomar en consideración tanto para la vía del amparo constitucional como para la de protección jurisdiccional o amparo judicial de los mismos derechos en la esfera civil, y así se deduce de doctrina dimanante del Tribunal Constitucional, de que se hace mención en el desarrollo del motivo que se examina en el presente fundamento, que sentando un uniforme y coordinado criterio constitucional, bien considerando alcance retroactivo a la Constitución Española, o ya apreciando con más precisión técnica, no una manifestación de retroactividad, sí que la expresión de eficacia directa y apreciabilidad inmediata de las normas constitucionales, proclaman que en el caso, ahora dado, de ley preconstitucional no comprensiva de derechos que reconoce la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, ésta no solamente los deroga —como «ley posterior»—, sino que los hace sobrevenidamente inválidos —como «ley superior»—, con el alcance, de que la nueva normativa constitucional puede producir efectos en situaciones que, aún surgidas con anterioridad a la Norma Fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor, a causa de que precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución permite extender su aplicación a la regulación de tales situaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, y mayormente en cuanto que en el aspecto de reconocimiento de protección y derechos a la producción y creación artística, que innova la Constitución, consagrando como derecho fundamental el núcleo esencial del derecho de autor, con proyección al aspecto moral, hace desaparecer la «base legal» con que contó la sentencia dictada al respecto con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Constitución, denegando la protección del derecho de autor, vitalizando después de la promulgación de aquella Norma Fundamental, a la que han de adaptarse todas las disposiciones legales, lesión indirecta en los derechos del demandante ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, al persistir los efectos no agotados de

una situación cuyo origen es preconstitucional, cuales son los derivados de la persistencia de la descomposición por la demandada, ahora recurrida, adquirente de la obra, «Industrias Turísticas, S. A.», propietario del «Corpus mechanicum», eliminando, como ejemplar único que es, la única base material y servible que incorporaba el «Corpus misticum» o idea artística de su autor, el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, que éste tiende a eliminar por el medio, que es de acoger, de obtener la declaración judicial de que «Industrias Turísticas, S. A.» (INTUSA) vulneró y desconoció el derecho fundamental a la producción y creación artística que le reconoce el artículo 20.1.b) de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho, con el consiguiente reconocimiento del derecho fundamental a la producción y creación artística que le viene atribuible de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, con arreglo al precitado artículo 20.1.b) de dicha Constitución, dentro del cual rectamente hay que entender quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial del autor que le corresponde, y la consecuencia de restablecer al mencionado don Pablo Serrano Aguilar en la integridad de su derecho fundamental lesionado, conducente a la condena a la expresada entidad «industrias Turísticas, S. A.» a poner a disposición de don Pablo Serrano Aguilar los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», a fin de que dicho autor pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte, y así procede declararlo, previa casación en tal sentido de la sentencia recurrida; y todo ello, claro está, en virtud de ejercicio de actividad derivada de la propiedad residual correspondiente al mencionado autor de la obra de que se trata, pero con pleno respeto al derecho de propiedad, derivado de adquisición por la tantas veces mencionada «Industrias Turísticas, S. A.», dado que como ya expresamente reconoce el recurrente en el antepenúltimo párrafo «in fine», del segundo de los motivos en que se ampara el recurso determinante de esta sentencia, la recomposición de la obra artística, incluida en el derecho del autor, como contenido esencial del mismo, es del todo independiente del problema ulterior de la titularidad dominical del «Corpus mechanicum», o sea de la obra material resultante de la descomposición de la misma, que de producirse discrepancia en cuanto a quien corresponda o a las consecuencias económicas que la reconstrucción pueda originar en sus diversos aspectos, no tiene su cauce adecuado en el presente procedimiento, al venir limitada y contraída su naturaleza a la mera protección del derecho fundamental del autor que se somete a protección y amparo judicial.

Quinto.—La acogida de los dos motivos en que se ampara el recurso, y que conducen a la estimación de éste en los términos expresados, llevan también a la estimación, en los términos y con la limitación que se dirá, de la pretensión solicitada en el epígrafe b) del pedimento 3.º de la súplica del escrito de demanda, iniciadora del juicio de que emana la sentencia objeto del presente recurso, encaminado a que se indemnice a don Pablo Serrano Aguilar, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieran irrogado

por la vulneración del derecho fundamental a la producción y creación artística desde el 29 de diciembre de 1978, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental del mencionado don Pablo Serrano Aguilar, con el compromiso por éste de destinar el importe de la indemnización a la finalidad expuesta en el cuerpo del referido escrito de demanda (fundamento de derecho XIV de la demanda), poniendo a disposición de la directiva del Círculo de Bellas Artes de Madrid la cantidad íntegra que se fijase judicialmente como indemnización, con la carga de que se destine a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho español, a cuyo efecto la cuantía a señalar a dichos alegados perjuicios es de cifrarlos en período de ejecución de sentencia, con base exclusivamente en el importe que, objetivamente, suponga la reconstrucción de la obra de que se trata, nominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», pues es el real perjuicio que, en esencia y en definitiva, se produce al precitado demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, porque si ciertamente el daño moral puede ser generante de indemnización pecuniaria, es sobre la ineludible base de que el daño provenga en su causa del acto culposo de un tercero que produzca una consecuencia con alcance efectivo de matiz valuable económicamente, pero no sobre la base, ahora producida, de que lo en esencia y en definitiva pretendido por el precitado don Pablo Serrano Aguilar, sea la reconstrucción de su obra nominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», cuyo daño moral, derivado de la actuación en ella, conduce a esa reconstrucción, queda adecuadamente satisfecha con el reconocimiento a efectuarlo, por la trascendencia que supone y revela la decisión judicial en tal sentido, y más en cuanto que, de una parte, es el propio autor demandante, ahora recurrente, el que, en su expresada petición, inserta en el epígrafe c) del pedimento 3.º de la invocada súplica del escrito de demanda inicial, expresamente proclama, en laudable muestra de altruismo, que lo que está persiguiendo con dicha demanda no es el más mínimo afán de lucro personal sino, a través de la protección de su derecho personal, el amparo, en dimensión objetiva, de los derechos de todos los artistas; y, de otra parte, debido a no acreditarse, ni tan siquiera ser puesto de manifiesto en el desarrollo y fundamentación de los indicados motivos en que se apoya el recurso de casación examinado, que el hecho determinante del procedimiento de que emana hubiese repercutido, en modo alguno, en la fama y prestigio nacional e internacional del referido autor de dicha obra, ni por tanto que hubiese generado para él más perjuicios patrimoniales, derivado del daño moral producido, que el que pueda provenir, objetivamente, de la reconstrucción que en su caso pueda realizar en la obra sometida a controversia en el debate jurídico que ha dado lugar al presente recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el pueblo español, el Magistrado que disiente de la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, con fecha nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, en el recurso de casación número 272/1985, es del parecer que debía contener el siguiente:

F A L L O

Estimando el recurso de casación, por acogida de los dos motivos en que se ampara, interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar contra la sentencia dictada, con fecha dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cinco, por la Sala Tercera de lo civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que se trata, y en consecuencia revocando la sentencia pronunciada en veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Madrid en el juicio de que dicho recurso dimana, estimando en los términos que se dirá la demanda formulada por el mencionado don Pablo Serrano Aguilar contra «Industrias Turísticas, S. A.», y desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, por pretendida inadecuación del procedimiento, alegado por dicha entidad demandada, procede declarar: 1.º, que «Industrias Turísticas, S. A.» ha vulnerado y desconocido el derecho fundamental a la producción y creación artística que al mencionado demandante, don Pablo Serrano Aguilar, reconoce el artículo 20.1.b) de la Constitución, y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho; 2.º, que es de reconocer el derecho fundamental a la producción y creación artística del referido don Pablo Serrano Aguilar, de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado con arreglo al artículo 20.1.b) de la Constitución, dentro del cual quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial del autor que corresponden al tan citado don Pablo Serrano Aguilar; y 3.º, que es de restablecer al precitado don Pablo Serrano Aguilar en la integridad de su derecho fundamental lesionado, condenando a «Industrias Turísticas, S. A.»: a) A poner a disposición de don Pablo Serrano Aguilar los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», a fin de que aquél pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte; y b) a indemnizar a don Pablo Serrano Aguilar en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieren irrogado por la vulneración de su derecho fundamental a la producción y creación artística desde el veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental del precitado don Pablo Serrano Aguilar, y cuyos perjuicios serán fijados con base exclusivamente en el importe que, objetivamente, suponga la reconstrucción de la obra de que se trata, nominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», y con el compromiso, asumido por el tan citado don Pablo Serrano Aguilar, a destinar el importe de la indemnización a la finalidad expuesta en el cuerpo del escrito de demanda, iniciadora del juicio de que este recurso dimana (fundamento de Derecho XIV de la demanda), poniendo a disposición de la Directiva del Círculo de Bellas Artes de Madrid la cantidad íntegra que se fije judicialmente como indemnización, con la carga de que se destine a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho Español; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia, y debiendo satisfacer cada parte las suyas

producidas en el recurso de casación, y con devolución al recurrente don Pablo Serrano Aguilar del depósito constituido.

4. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia une al interés y a la dificultad propios de la materia que aborda, a caballo entre el Derecho procesal, el Derecho civil (concretamente la parte del mismo dedicada a la propiedad intelectual o derecho de autor) y el Derecho constitucional, el atractivo de algunos de sus protagonistas: el demandante y recurrente, don Pablo Serrano, uno de los escultores más importantes de nuestra época, con reconocida fama mundial, su abogado don Eduardo García de Enterría, un ilustre administrativista, quizá el jurista español más significativo actualmente dentro del campo del Derecho público; finalmente, el ponente de la sentencia, don José Beltrán de Heredia, uno de los maestros de nuestra doctrina del Derecho civil. La casualidad también incide en las circunstancias de la sentencia: se dicta pocos días después de que fallezca don Pablo Serrano y es quizá la última sentencia de don José Beltrán, puesto que coincide con el momento de su jubilación como Magistrado. Por último, la sentencia va acompañada del voto particular de uno de los magistrados que formaban parte de la sala, don Antonio Fernández Rodríguez, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; voto particular en el que se defiende una tesis y un fallo radicalmente contrarios a los de la sentencia.

Como se resume con claridad en el Fundamento de Derecho primero del Voto Particular, «los dos motivos en que se ampara y fundamenta el recurso de casación de que se trata tienen su base impugnadora de la sentencia a que se refiere en un aspecto formal, cual es determinar si es o no adecuado el procedimiento empleado por el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, en relación con las pretensiones formuladas en la súplica del escrito de demanda iniciadora del debate judicial de que dicho recurso dimana, y en un aspecto material, consistente en determinar si, de merecer solución afirmativa tal cuestión de forma, son o no viables las mencionadas pretensiones del fondo».

La sentencia se abstiene de pronunciarse sobre el segundo motivo del recurso, relativo a las cuestiones de fondo. Se limita a reiterar —de acuerdo con las sentencias de instancia— que, en efecto, el procedimiento incidental regulado en los artículos 11 y siguientes de la Ley 62/1978, para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, no es el adecuado para defender en el ámbito civil, frente a un particular, el derecho fundamental a la producción y creación artística, reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución.

La argumentación sobre la que se basa dicho fallo es acorde con una interpretación literal de los preceptos en cuestión. En efecto, el derecho a la producción y creación artística no se encuentra recogido entre los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 1.º de la mencionada Ley 62/1978, al determinar el ámbito de aplicación de la misma, ni en el Real Decreto Legislativo 342/1979. La Disposición Transitoria 2.ª-2 de la Ley Or-

gánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, que extiende dicho ámbito de aplicación a todos los derechos y libertades fundamentales, como vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo, lo hace únicamente en relación con los procedimientos contencioso-administrativos (sección 2.ª de la Ley 62/1978). No comprende, pues, los procedimientos civiles sobre derechos y libertades fundamentales en general. Por último, tampoco cabe acudir a la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (en la que se reitera, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 342/1979, la aplicación de la Ley 62/1978 a los mencionados derechos), puesto que no cabe confundir el derecho al honor con el derecho moral de autor. Por consiguiente, no existe infracción del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva (art. 24.1 de la Constitución), que no puede ser confundido con un inexistente derecho a la obtención de una tutela judicial al margen del respeto debido a la ordenación legal de los cauces procedimentales adecuados para cada caso.

La sentencia del Tribunal Constitucional 41/1986, de 2 de abril (Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Díez Picazo. «B.O.E.» de 29 de abril), dice, en relación con esta materia, lo siguiente:

«Sin embargo, como también hemos dicho, el derecho a la tutela judicial efectiva no exige la adopción necesaria del procedimiento que el justificable pretenda, pues la Constitución no impide en modo alguno que los Jueces y Tribunales velen por la elección del tipo de proceso más adecuado y por su normal transcurso.

Dice la entidad solicitante de este amparo que en las Sentencias números 90 y 92 de 1985, de 22 y 24 de julio respectivamente, se sienta una doctrina perfectamente aplicable al supuesto que ahora nos ocupa, pues en ellas se afirma que el mandato contenido en el artículo 24 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, y que siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta conforme a las normas vigentes la privación o denegación de la misma, si fuera indebida, habría de estimarse que equivale a una privación o denegación de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, contra lo que el solicitante de amparo cree, tales afirmaciones no son aplicables a nuestro caso, pues en las Sentencias números 90 y 92 de 1985 la expresión «vía judicial» —y consiguientemente el derecho a escogerla— no se utiliza para designar cualesquiera tipos de procedimientos judiciales, sino más exactamente las acciones, pues se trataba de señalar la opción entre acción penal y acción civil. Las dos conocidas Sentencias, relativas a la decisión de las Cámaras para no aceptar el suplicatorio para proceder legalmente contra un Senador, planteaban el tema antedicho, porque frente a la solicitud de amparo se había alegado que los derechos e intereses legítimos lesionados no quedaban privados de la tutela judicial, porque podía ejercitarse siempre la acción civil de daños y perjuicios. De esta suerte, debemos entender que el derecho a la tutela judicial efectiva es derecho a escoger las vías a través de las cuales se articulan acciones diferentes cuando el ciudadano disponga de varias. No pue-

de, sin embargo, entenderse que hay, por imperio del artículo 24 de la Constitución, un derecho de naturaleza constitucional a cada uno de los procedimientos que las leyes organizan. Los derechos de carácter fundamental quedan a salvo siempre que el ciudadano tenga libre acceso a la justicia, y pueda instar ante ella lo que estime procedente acerca de sus pretensiones, y éstas reciban una decisión fundada en Derecho.» (Fundamento Jurídico 3.º, párrafo 1.º, *in fine*, y pár. 2.º).

Según cabe deducir de la sentencia que comento, el demandante debería haber interpuesto una demanda civil de juicio declarativo ordinario —vía que sigue teniendo abierta— para defender su hipotético derecho a una reparación en el supuesto de hecho objeto de su reclamación.

Frente a semejante interpretación, la que se ofrece en el Fundamento de Derecho segundo del voto particular resulta —creo yo— poco convincente. Aunque la redacción del mismo es sumamente oscura, en lo que me parece ser la parte esencial del razonamiento, me atrevo a decir que éste es el que a continuación expongo. Según el magistrado firmante del voto particular, el procedimiento incidental regulado en la sección tercera («Garantía jurisdiccional civil») de la Ley 62/1978 sería aplicable al caso (defensa ante la jurisdicción civil del derecho a la producción y creación artística), porque el artículo 11 de la misma prevé su aplicación para las reclamaciones de orden civil correspondientes a derechos fundamentales comprendidos dentro de su ámbito. Habida cuenta que la disposición transitoria 2.ª de la Ley Orgánica 2/1979 extiende el ámbito de la Ley 62/1978 a todos los derechos y libertades fundamentales, aunque ello sea únicamente en relación con la sección segunda («Garantía contencioso-administrativa»), automáticamente dicha ampliación abarcaría también a la sección tercera de la Ley 62/1978, por defecto de su artículo 11.

Yo creo que esa interpretación del artículo 11 de la Ley 62/1978 es forzada. Los derechos fundamentales «comprendidos en el ámbito de esta Ley» (art. 11.1) son los derechos fundamentales «a que se refiere esta Ley», directa (art. 1.º 2) o indirectamente (disposición final y Real Decreto Legislativo 342/1979). Las ampliaciones de dicho ámbito, producidas por remisiones contenidas en otros textos legales, deben reducirse en principio, a los límites de la remisión, tal y como se señala en el sexto considerando de la sentencia. En este caso, la remisión a la Ley 62/1978 se concreta únicamente en la sección segunda de la misma, en la jurisdicción contencioso-administrativa, y así lo señala el mencionado considerando sexto. El artículo 11 de la Ley no tiene la virtud de extender esa remisión a la jurisdicción civil.

No obstante, yo coincido con la conclusión a la que se llega en el voto particular que acompaña a la sentencia: el procedimiento incidental regulado en los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1978 para la defensa de derechos fundamentales ante la jurisdicción civil es aplicable a todos los derechos y libertades fundamentales y, concretamente, a la protección del derecho a la producción y creación artística. La Disposición Transitoria 2.ª de la Ley Orgánica 2/1979, al referirse únicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, presenta una laguna que debe ser integrada en esos términos, admitiendo

que, a los efectos del recurso de amparo, la vía judicial previa a la interposición del mismo podrá ser cualquiera de las existentes en relación con las diversas jurisdicciones y, concretamente, cuando se trate de la jurisdicción civil, podrá ser —al igual que en la jurisdicción contencioso-administrativa— tanto la vía de los procedimientos ordinarios como la del procedimiento extraordinario de la sección tercera de la Ley 62/1978.

La jurisprudencia constitucional alegada por la parte recurrente en el primer motivo brinda elementos importantes para defender coherentemente semejante construcción, aunque el valor de aquélla para el caso se rechace en el séptimo y penúltimo considerando de la sentencia; a mi modo de ver con un criterio excesivamente reduccionista. Es cierto que dicha jurisprudencia no contempla supuestos exactamente iguales, pero no es menos cierto que podría aplicarse para mantener la defensa jurisdiccional civil de todos los derechos fundamentales y, en especial, del derecho fundamental a la producción y creación artística.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional citadas en el primer motivo del recurso son las siguientes: Auto 162/1982, de 5 de mayo, y Sentencias 67/1982, de 15 de noviembre, 55/1983, de 22 de junio y 71/1984, de 12 de junio.

El Auto 162/1982, de 5 de mayo (Sala 1.ª, Sección 2.ª. Vid. *Jurisprudencia Constitucional*. III, págs. 814-817) dicta la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por un fotógrafo contra la negativa de la Asociación Provincial de Fotógrafos Profesionales de Burgos a inscribirle en la misma. El fotógrafo recurrente en amparo alega la infracción de los artículos 14 y 22 de la Constitución. El motivo de la inadmisibilidad del recurso (Fundamento Jurídico núm. 2) es la falta de justificación del agotamiento de la vía previa judicial o administrativa que proceda en derecho:

«..., en términos generales para reaccionar contra las presuntas violaciones de los derechos fundamentales o libertades públicas que un sujeto particular produzca en la esfera jurídica de otro sujeto particular, éste dispone, según los casos, de la vía penal o de la vía civil, reguladas, concretamente en los artículos 2 a 5 y 11 a 15, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Existe, pues, en tales supuestos una vía judicial previa que debe agotarse antes de acudir mediante recurso de amparo constitucional ante este Tribunal, recurso que por lo demás, y como es sabido, sólo procede contra actos de los poderes públicos (artículo 41.2 de la LOTC») (Párrafo 3.º del Fundamento Jurídico 2).

La sentencia 67/1982, de 15 de noviembre (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Don Antonio Truyol Serra. «B.O.E.» de 10 de diciembre), se ocupa de un recurso contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social por violación del artículo 14 de la Constitución. La vía previa seguida fue ante la jurisdicción laboral, lo que se considera adecuado. Hay que tener en cuenta que el artículo 14 de la Constitución no está comprendido ni en la Ley 62/1978 ni en el Real Decreto Legislativo 342/1979. Interesa aquí reproducir una parte del Fundamento Jurídico núm. 3:

«... En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los

derechos y libertades fundamentales, en fórmula de la Disposición Transitoria 2.ª de la LOTC, es evidente que se ha producido una laguna, pues prescindiendo de la cuestión ya evocada, del amparo constitucional con respecto a las organizaciones económicas o empresariales de titularidad o gestión estatal, a las que cabría añadir las empresas concesionarias de servicios públicos, una interpretación literal de estas disposiciones dejaría fuera del mencionado amparo las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas dimanantes de decisiones de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, y en su caso de los Servicios de la Seguridad Social en sus relaciones con el personal a su servicio... A la luz de una consideración global de la institución del amparo constitucional, la laguna así creada debe ser colmada en el sentido de que en este y análogos casos el proceso ante la jurisdicción laboral ordinaria debe y puede sustituir a la contencioso-administrativa como previa al recurso de amparo y agota la «vía judicial procedente» a que se refiere el artículo 43.1 de la LOTC, en relación con el 53.2 de la CE; pues ha de entenderse que la exigencia de recurrir a tal vía responde a que no se desvirtúe el carácter propio de este Tribunal, que no puede invadir la función jurisdiccional ordinaria propia de los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, definida en el artículo 117.3 de la CE y el 41.1 de la LOTC».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 47/1985, de 27 de marzo (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» del 19 de abril. Vid. Fundamento Jurídico, núm. 5. Párrafo 1.º).

La Sentencia 55/1983, de 22 de junio (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra. «B.O.E.» de 15 de julio), se ocupa del caso de un representante sindical que demanda ante la magistratura a su empresa por trato discriminatorio, contrario al artículo 28.1 de la Constitución (Libertad sindical). El magistrado había desestimado la demanda sin entrar a resolver sobre las hipotéticas discriminaciones, por considerarlo improcedente. El recurso de amparo se interpuso por violación de los artículos 24.1 y 28 de la Constitución. El Tribunal Constitucional apreció la violación del artículo 24.1, puesto que no se había dado una respuesta fundada en derecho a lo que la acción del representante sindical planteaba. El Tribunal Constitucional se cuestiona a continuación sobre si es oportuno decidir además en relación con la hipotética violación del artículo 28.1. Decide entrar en dicho tema y se pronuncia afirmativamente sobre la existencia de una violación del mismo en los siguientes términos:

«... Ante esta situación hemos de tener en cuenta dos posibilidades. Consiste la primera en que, al no aparecer en la resolución judicial impugnada elementos suficientes que permitan dilucidar claramente la cuestión, a tenor del artículo 44.1.b) de la LOTC, que nos impide entrar en los hechos, cabría que nos abstuviéramos de emitir un juicio al respecto, declarando infringido únicamente el artículo 24.1 de la CE y remitirnos a la virtualidad procesal de tal declaración». Fundamento Jurídico, núm. 4.

«Pero, por otra parte, surge la pregunta de si es posible declarar a pesar de ello la violación también del artículo 28.1. Suscita ciertamente el Ministerio Fiscal la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones de derechos

fundamentales son debidas, como en el presente caso, a un particular, cabe recurso de amparo para su protección. Entiende esta Sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la Sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo al análisis de los hechos denunciados, es la Sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. Si, pues, al no haber dado respuesta la Sentencia impugnada a lo que la acción del demandante planteaba, el órgano que la dictó incurrió sin más, como vimos, en violación del artículo 24.1, la circunstancia de que el derecho no atendido sea un derecho fundamental lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que lo reconoce (aquí el 28.1)» Fundamento Jurídico núm. 5.

En el Fundamento Jurídico núm. 6, pár. 2.º, se recuerda como doctrina del Tribunal la de la Sentencia 67/82 sobre la vía de la jurisdicción laboral como previa al recurso de amparo.

La Sentencia 71/1984, de 12 de junio (Sala 2.ª. Ponente: Excmo Sr. Don Antonio Truyol Serra. «B.O.E.» de 11 de julio), se ocupa del recurso de una persona que era miembro de la Junta Directiva de la Confederación Canaria de Empresarios; al haber solicitado dicha persona la baja en UCD para darse de alta en CDS, fue apartado de dicha Junta. Interpuso querrela contra el Presidente de la Confederación, entendiéndolo que la conducta de éste se encontraba tipificada en los artículos 172 y 494 del Código Penal, por haber obstaculizado el derecho a asociarse reconocido en el artículo 22.1 de la Constitución, Admitida a trámite la querrela, se archivaron posteriormente las diligencias previas, mediante el correspondiente Auto, y se desestimaron los recursos contra el mismo. El recurso de amparo se interpone contra dichas resoluciones judiciales por vulneración de los artículos 22.1 y 24.1 de la Constitución.

Aunque el Ministerio Fiscal señaló que la violación del artículo 22.1 no se producía de modo directo e inmediato por un órgano judicial, sino por los órganos de la Confederación Canaria de Empresarios (Fundamento Jurídico núm. 1, pár. 2.º), el Tribunal Constitucional no tuvo inconveniente alguno en abordar dicha cuestión. Señala que el no apreciar la existencia de delito en este caso no implica la infracción del artículo 22.1 de la Constitución. Lo que no quiere decir —añade— que no existiese una violación del artículo 22.1, pero no delictiva. Lo que ocurre es que, dada la vía penal elegida de la Ley 62/1978, sólo cabría pronunciarse, en su caso, sobre la existencia del delito en cuestión, cuya calificación corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, de acuerdo con el artículo 17.3 de la Constitución. «Sólo cuando los razonamientos fundamentadores de la decisión judicial constituyen en sí mismos violación de un derecho constitucionalmente amparable cabe la estimación» de la pretensión, basada en el artículo 24.1 de la Constitución (Fundamento Jurídico núm. 4, párrafo 1, *in fine*). El Tribunal deja claramente entrever —muy especialmente al final del Fundamento Jurídico núm. 3 y en el Fundamento Jurídico núm. 4— que su decisión probablemente hubiese sido distinta si la impugnación de los acuerdos de la Confederación se hubiese producido por la vía civil:

«Las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales tienen en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre... una triple dimensión, correspondiendo a la civil el carácter de ordinaria y plena para el conocimiento de las reclamaciones que se formulen respecto a las lesiones en que el autor tenga la condición de particular. En el presente caso, por el contrario, el recurrente... optó por formular querrela... y con ello limitó las posibilidades de la tutela judicial otorgable» (Fundamento Jurídico núm. 3).

En definitiva, el tema que nos ocupa se encuentra esencialmente relacionado con el del ámbito de aplicación del recurso de amparo, tema constitucional por excelencia en el que se cuestiona la eficacia directa de la Constitución frente a los particulares. Como es sabido, la tradición constitucional contempla la eficacia de los derechos y libertades fundamentales como defensa del ciudadano frente a los poderes públicos: se trata de proteger a los ciudadanos frente a los excesos del poder. No obstante, la experiencia revela que esos excesos pueden proceder también de sujetos privados. No hay razón para no proteger en igual medida a los ciudadanos tanto frente al poder privado como frente al poder público. En definitiva, una mejor protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y una mayor implantación de la Constitución implica que ésta no sólo se constituye como garante de la sociedad frente al poder político, sino también como una defensa de los diversos miembros de la sociedad entre sí. Ello debería llevar, en principio, a que el recurso de amparo se pudiese interponer tanto contra las violaciones de las libertades y derechos fundamentales cometidas por los poderes públicos como contra las cometidas por los particulares (arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución). Hay que tener en cuenta que nuestra Constitución vincula directamente tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos (art. 9.º.1).

Sin embargo, la tradición doctrinal ha constituido un lastre para nuestros legisladores a la hora de regular el recurso de amparo. De ahí que dicho recurso proceda únicamente frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales producidas por los poderes públicos (art. 41.2 de la Ley Orgánica 2/1979-LOTC): legislativo (art. 42 LOTC), ejecutivo (art. 43 LOTC) o judicial (art. 44 LOTC). Eso es lo que explica que en la disposición transitoria 2.ª.2 se mencione únicamente, de forma incorrecta, la vía judicial contencioso-administrativa como previa al recurso de amparo. Se olvida así que, incluso con una interpretación estricta del ámbito concedido al recurso de amparo, hay que prever también todas las demás jurisdicciones posibles, puesto que los poderes públicos y sus agentes y funcionarios pueden incurrir en violaciones de los derechos y libertades fundamentales en todo tipo de relaciones y campos jurídicos. Buena prueba de ello, con referencia a la jurisdicción laboral, se encuentra en la sentencia antes citada 67/82 del Tribunal Constitucional.

Pero además, la propia exigencia de una defensa completa de la Constitución ha llevado a una interpretación de la LOTC por parte del Tribunal Constitucional que supone de hecho —y ello merece el elogio de todos— admitir el recurso de amparo también frente a las violaciones de los particulares. Para ello ha bastado con interpretar ampliamente el requisito

establecido en el artículo 44.1.b) LOTC en relación con el recurso de amparo frente a violaciones del poder judicial. Dicho requisito es el siguiente: «Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo *directo e inmediato* a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllos se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional» (los subrayados son míos). La interpretación a la que me he referido entiende que se produce una violación por parte de un órgano judicial —susceptible de recurso de amparo— cuando, instada del mismo una reparación del derecho fundamental frente a un particular, aquél la deniega injustificadamente. Ello supone en definitiva la admisión del recurso de amparo frente a los particulares, previa su transformación en un recurso de amparo frente al poder judicial. Lo que, en resumidas cuentas, implica conceder a la reparación de las violaciones de derechos fundamentales de los particulares un régimen similar a la de las violaciones del Gobierno y la Administración, si se tiene en cuenta que éstas «podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente» (art. 43.1 LOTC), mientras que aquéllas podrán dar lugar al recurso de amparo también si se ha agotado la vía judicial precedente sin obtener la satisfacción debida, de acuerdo con la interpretación expuesta para el artículo 44.1.b) LOTC y el requisito contenido en el artículo 44.1.a) («Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial»). En definitiva, se pretende que el recurso de amparo constituya un último remedio, de carácter excepcional, cuando, en cualquiera de los supuestos posibles de violación de los derechos fundamentales, no se ha obtenido previamente la reparación debida del poder judicial, puesto que éste es el encargado de hacer cumplir el ordenamiento jurídico, incluida y en primer lugar la Constitución, en los casos de conflicto.

Esa interpretación encuentra un apoyo importante en la propia Ley 62/1978, que prevé un procedimiento especial ante la jurisdicción civil (es decir, básicamente frente a particulares) para la defensa de derechos fundamentales y, sobre todo en la Ley Orgánica 1/1982, cuya disposición transitoria 2.ª remite a dicho procedimiento y, además, como requisito previo a la interposición del recurso de amparo.

Sobre estas cuestiones del recurso de amparo frente a las violaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas por los particulares y de la eficacia directa de la Constitución en relación con estos últimos, Vid. Antonio Embid Irujo, *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*. REDA, número 25, abril-junio 1980, págs. 191 y ss.; Javier Salas, *Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas*. REDA, número 27, octubre-diciembre 1980, págs. 553 y ss.; Tomás Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid, 1981; Santiago Varela Díaz, *La idea de deber constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, número 4, enero-abril 1982, páginas 69 y ss.

Aparte de las resoluciones del Tribunal Constitucional recogidas en el

primer motivo del recurso de casación, y a las que me he referido detalladamente en este comentario, cabe añadir otras muchas recaídas en procedimientos de amparo, cuyo origen es la hipotética violación de la Constitución por un particular. En ellas se aprecia tanto la transformación de la violación constitucional del particular en una violación judicial, como la específica configuración que adquieren los derechos fundamentales frente al respeto exigible de los particulares.

La Sentencia 88/1985, de 19 de julio (Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral. «B.O.E.» de 14 de agosto) se ocupa del despido de un médico psiquiatra por la Fundación propietaria del Sanatorio Psiquiátrico de Conjo, basado en declaraciones críticas realizadas por dicho médico en TVE. El recurso de amparo se interpone contra la Sentencia de la Magistratura (También contra la posterior del Tribunal Supremo) que declara el despido improcedente (con posibilidad de sustituir el deber de readmisión por una indemnización) en vez de nulo radicalmente. Se admite el recurso, puesto que en la sentencia de Magistratura se entendía que el médico no había incurrido en una crítica excesiva (artículo 20.1.a CE), contraria al deber de buena fe derivado de su relación contractual. Sobre la transformación de la violación del artículo 20.1.a de la Constitución por la Fundación en violación judicial, la Sentencia dice lo siguiente:

«La violación cometida por los órganos judiciales de los que se solicitó que se declarara la nulidad radical del despido por discriminatorio y vulnerador de derechos fundamentales, de haber existido, consistirá... en la indebida denegación judicial al derecho de libre expresión y difusión de las ideas y opiniones solicitado con fundamento en el artículo 53.2 CE. La cuestión se ciñe, pues, a dilucidar si los órganos judiciales prestaron o no el debido amparo al derecho fundamental del demandante (artículo 20.1.a)». Fundamento Jurídico 1, párrafo 2.º).

Sobre la configuración de los derechos fundamentales en relación con el respeto debido por los particulares, interesa reproducir el Fundamento Jurídico 2, párrafo 2.º:

«La libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, no es sin embargo un derecho ilimitado, estando sujeta a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece. Pero además y cuando la expresión pública de ideas y opiniones se ejerce por un trabajador, tomando como contenido aspectos generales o singulares del funcionamiento y actuación de la empresa en la que presta servicios, el ejercicio de aquella libertad ha de enmarcarse... en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general... La emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales».

La Sentencia 47/1985, de 27 de marzo (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don

Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» de 19 de abril), aborda también un caso de despido, esta vez de una profesora de un colegio particular. Aquí también el recurso de amparo contra la sentencia de la Magistratura (así como contra la posterior del Tribunal Central de Trabajo) es porque dicha sentencia no declaró el despido radicalmente nulo, permitiendo así la posibilidad de una indemnización en sustitución de la readmisión. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo por ser el despido contrario al artículo 16 de la Constitución.

En esta sentencia se observa también la transformación de la violación constitucional de un particular por la correspondiente violación judicial (Fundamento Jurídico núm. 5):

«Sin entrar a delimitar aquí hasta dónde alcanza la dimensión entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, esto es, la denominada eficacia respecto de terceros, es claro que el presente recurso no podría ni siquiera existir si en el caso no estuviera involucrado además y después del centro docente y su profesora, algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado, que en este caso es el de la libertad ideológica, tal poder público implicado en este caso, es el Magistrado de Trabajo y en cuanto que confirmó su sentencia el Tribunal Central de Trabajo. La vulneración por el Magistrado de Trabajo no podría consistir en modo alguno en una supuesta transformación de derecho del 16.1 CE, convirtiendo lo que es y no puede dejar de ser un derecho de libertad en un derecho de prestación. Sucede, sin embargo, que los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados por el artículo 53.2 de la Constitución a la tutela de los derechos y libertades de los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución.

Así las cosas, la sentencia de la Magistratura no amparó a la demandante en su libertad ideológica...».

En relación con la configuración de los derechos fundamentales frente a los particulares, en el Fundamento Jurídico 3 de la sentencia se nos dice lo siguiente:

«... una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de ataque abierto o solapado» al ideario del Centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el artículo 16 implica, asimismo, que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro.»

Veamos qué nos dicen otras sentencias del Tribunal Constitucional sobre esa especial configuración de los derechos fundamentales y libertades públicas Constitucionales, cuando tienen que hacerse valer entre particulares.

La Sentencia 120/1983, de 15 de diciembre (Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escuder) del Corral. «B.O.E.» de 11 de enero de 1984) se ocupa del despido de unos profesores como consecuencia de un comunicado emitido

por ellos durante una huelga y remitido a los padres de los alumnos del colegio. Declarado procedente el despido por la Magistratura y por el Tribunal Supremo, los interesados interpusieron recurso de amparo por violación de los artículos 20.1 y 28 de la Constitución. El Tribunal Constitucional denegó el amparo. En el Fundamento Jurídico 2, párrafos 2.º y 3.º de la sentencia, el Tribunal dice lo siguiente:

«La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero, al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otros contextos pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación.

Los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección».

La Sentencia 34/1984, de 9 de marzo (Sala 2.ª. Ponente: Excmo Sr. Don Luis Díez Picazo. «B.O.E.» de 3 de abril) trata de una empresa que paga más a unos trabajadores que a otros. La Magistratura no accede a la igualdad reclamada por uno de los trabajadores. El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado contra la Sentencia por ser contraria al artículo 14 de la Constitución. El Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia razona así los límites del artículo 14 de la Constitución con respecto a la autonomía de la voluntad:

«El problema de este asunto se plantea en un ámbito de relaciones entre particulares, lo que por sí solo no supone la exclusión de la aplicación del principio de igualdad. Este ámbito, en el que el problema se suscita, va a originar una matización importante en la aplicación del principio de igualdad con efectos determinantes en nuestro caso.

En su sentencia núm. 59/1982, de 28 de julio («B.O.E.» de 18 de agosto), este Tribunal ha declarado que, «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma... tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados», y que esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución..., arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del derecho.

Pues bien, tal principio falta en el presente caso. La legislación laboral desarrollando y aplicando el artículo 14 de la Constitución, ha establecido en el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero, según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto.

Ello no es otra cosa que el resultado de la «eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales».

La Sentencia 19/1985, de 13 de febrero (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra. «B.O.E.» de 5 de marzo) trata de un caso de despido por no acudir a trabajar los sábados, debido a creencias religiosas (Iglesia Adventicia del Séptimo día), incumpliendo así la trabajadora sus obligaciones contractuales. La Magistratura no declaró improcedente el despido y el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado. Interesa reproducir el Fundamento Jurídico núm. 1 en su párrafo 2.º:

«Situada así en sus precisos términos la cuestión se hace fácil su respuesta, pues aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades pueda ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas. En el contrato de trabajo que liga a la recurrente con la Empresa en la que presta sus servicios, no se ha denunciado la existencia de cláusula o estipulación alguna, que, en sí misma o en la interpretación o aplicación que de ella se hace, pueda resultar lesiva para los derechos fundamentales de la recurrente, y así lo que ésta pretende no es la anulación total o parcial del contrato, sino que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó y que considera ajustadas a derecho, de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido. Se evidencia con ello que la idea que subyace a toda la argumentación de la recurrente es la de que un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas), en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca

la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así (sin duda, con la mayor buena fe y movida seguramente de profunda religiosidad) el principio de la sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios, que como el de la seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3)».

Una vez aclarado que la violación de un derecho fundamental por un particular puede dar lugar también a un recurso de amparo, indirectamente, previa transformación de aquélla en violación de un órgano judicial, cabe preguntarse qué razón puede existir para que esa reclamación no se pueda realizar mediante el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad de la Ley 62/1978, cualquiera que sea la jurisdicción competente, la penal, la contencioso-administrativa o la civil. Se trata de una exigencia del artículo 53.2 de la Constitución. El respeto de la Constitución, tanto en su artículo 53.2 como en el artículo 24.1, inducen a una interpretación e incluso una integración de la disposición transitoria 2.ª.2 LOTC, según la cual se conceda el mismo tratamiento en ella previsto (por analogía) a las acciones que se interpongan contra los particulares en defensa de los derechos fundamentales; según la cual dichas acciones puedan canalizarse tanto por los procedimientos civiles ordinarios como por el procedimiento incidental regulado en la Ley 62/1978. Se trata de una laguna involuntaria, primero en la Ley 62/1978 (y en el Real Decreto Legislativo 342/1979) y luego en la disposición transitoria 2.ª.2 LOTC (Ley Orgánica 2/1979), que pone de relieve la urgencia que existe en elaborar cuanto antes un desarrollo legislativo completo del procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución para la tutela judicial de las libertades y derechos recogidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo de la Constitución (artículos 15 a 29), urgencia que se extiende a la oportunidad de clarificar, mediante la reforma legislativa pertinente (de la LOTC), o mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la procedencia del recurso de amparo contra los particulares, por vía del recurso de amparo frente a los órganos judiciales que denieguen la reparación solicitada de algún derecho fundamental lesionado.

Esa interpretación de la Disposición Transitoria 2.ª.2 LOTC, que permite extender su remisión, por analogía, a la sección tercera de la Ley 62/1978, viene impuesta por el artículo 53.2 de la Constitución, que no especifica que el procedimiento en él previsto tenga que limitarse a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni que el recurso de amparo sólo pueda ser frente a los poderes públicos. Tampoco da pie el artículo 53.2 para que algunos derechos fundamentales puedan acogerse a un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y otros no: ¿cómo justificar que eso pueda ocurrir con el derecho al honor o la libertad de expresión o la libertad de cátedra, y no con la libertad de creación artística? También viene impuesta por el artículo 24.1 de la Constitución, que induce a interpretar las normas reguladoras de los procedimientos en su sentido más favorable, para una protección jurisdiccional eficaz, especialmente de los derechos fundamentales.

Son múltiples las sentencias del Tribunal Constitucional que cabe citar en

apoyo de esa interpretación favorable a la eficacia del artículo 24.1 de la Constitución: Sentencias 4/1985, de 18 de enero (Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco. «B.O.E.» 12 de febrero. Vid. Fundamento Jurídico 2, párrafo 2.º), 36/1986, de 12 de marzo (Sala 2.ª. Ponente. Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa. «B.O.E.» de 9 de abril), 111/1984, de 28 de noviembre (Sala 2.ª Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra. «B.O.E.» de 21 de diciembre. Vid. Fundamento Jurídico 6.º *in fine*, en el que se insiste en la necesidad de reinterpretar e incluso integrar, las normas procesales preconstitucionales, concretamente, en el caso en cuestión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se insiste especialmente en la exigencia de una previa interpretación de las normas favorables a la protección jurisdiccional cuando los Jueces o Tribunales entienden que debe denegarse la tutela pedida. Así se dice en la Sentencia 93/1984, de 16 de octubre (Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferre Morant. «B.O.E.» de 31 de octubre. Vid. Fundamento Jurídico 5.º, apartado a, párrafo 3.º); también en la Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente, «B.O.E.» de 5 de noviembre), en el Fundamento Jurídico núm. 4, párrafo 4.º:

«... De modo casi idéntico esta misma Sala ha insistido en el carácter legal de la causa inepitiva de que el Tribunal *a quo* entre a dar una resolución de fondo al señalar que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva» queda satisfecho con la obtención de una resolución judicial fundada en Derecho, y que tal resolución podrá ser de inadmisión siempre que concurra una causa legal para declararla y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma» (Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1984, de 4 de noviembre, Sala 2.ª. Fundamento Jurídico 4.º, BJC, 43, pág. 1543). Es evidente que esta aplicación judicial razonada de la causa legal no puede consistir en una función repetitiva de la literalidad de la norma, pues, como dijimos en la antes citada sentencia del Tribunal Constitucional 89/1983, el Juez (y menos el Tribunal Supremo) no puede quedar reducido «a ejecutor autómatas de la Ley». Pero esa interpretación implica una norma legal a interpretar cuando se trate de una resolución judicial que niegue la resolución sobre el fondo. Y así ha de ser, porque siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio «sólo por Ley» puede regularse (art. 53.1 CE)».

Así, pues, extendiendo lo que el propio Tribunal Constitucional ha dicho en relación con la jurisdicción laboral, cabe entender que la laguna legal que presenta la Disposición Transitoria 2.º-2 LOTC debe integrarse en el sentido de admitir la posibilidad de defender todos los derechos fundamentales, incluido el derecho a la producción y creación artística, ante la jurisdicción civil, tanto mediante los procedimientos ordinarios como mediante el procedimiento regulado en la sección tercera de la Ley 62/1978.

Esa es la construcción que habría permitido mantener, en contra del criterio de la sentencia, la inexistencia de la excepción de incompetencia de jurisdicción, la aceptación del primer motivo del recurso, y la consideración del fondo de la cuestión, es decir, del segundo motivo del recurso.

Pero, además, yo creo que existe otra fisura en los argumentos de la sentencia, que también debería haber permitido entrar, al menos parcialmente, en el fondo de la cuestión. Me refiero a la referencia alternativa, contenida en el segundo motivo del recurso, a una hipotética lesión del derecho al honor y reputación artística del demandante y recurrente. En relación con el derecho al honor, no puede existir duda alguna sobre la procedencia de su protección ante la jurisdicción civil por vía del procedimiento elegido por el demandante, el de la sección tercera de la Ley 62/1978. Ha sido precisamente uno de los argumentos que he utilizado para integrar la laguna existente en la disposición transitoria 2.ª2, en el sentido que he expuesto: ¿por qué proteger el derecho al honor —y otros derechos fundamentales— mejor y más eficazmente que el derecho a la producción y creación artística? No existe base alguna para ello en el artículo 53.2 CE.

La sentencia —ya lo hemos visto— rechaza la aplicación de la disposición transitoria 1.ª de la Ley Orgánica 1/82 (que repite en parte lo previsto en el Real Decreto Legislativo 342/1979 en relación con la Ley 62/1978) por considerar que no cabe confundir el supuesto de fondo en cuestión, correspondiente al derecho moral del autor, con un supuesto de derecho al honor. La cuestión en sí es delicada, y sobre ella volveré, aunque sea brevemente. Pero ahora basta con apuntar que ese razonamiento del quinto considerando de la sentencia supone en realidad un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, para el que previamente debería haberse admitido el primer motivo del recurso, aunque fuese parcialmente, únicamente para tratar la existencia o inexistencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor. Se detecta, pues —creo yo—, en ese quinto considerando un razonamiento apriorístico latente, que subyace a la decisión de la Sala: no se accede a juzgar el fondo de la cuestión, esgrimiendo como argumento la incompetencia de jurisdicción, porque en realidad se entiende que no ha existido una lesión del derecho al honor.

Me atrevería a decir que ese mismo apriorismo subyace con respecto al tema principal, y así se revela en el tercer considerando de la sentencia. La incompetencia de jurisdicción en relación con el derecho a la producción y creación artística sirve en cierto modo para no tener que entrar a juzgar una cuestión en la que se estima que el demandante y recurrente carece de razón.

5. EL DERECHO MORAL DEL ARTISTA DE OBRA PLASTICA FRENTE A SU DESTRUCCION POR EL ADQUIRENTE Y PROPIETARIO DE LA MISMA: HIPOTETICA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

Hasta aquí el comentario de la sentencia y de su fallo en sentido estricto. No obstante, la existencia de un voto particular, que si que se pronuncia sobre la cuestión de fondo del recurso, ese pronunciamiento encubierto y

apriorístico sobre el fondo que —a mi modo de ver— contiene la sentencia misma y el propio interés y dificultad de la cuestión, todo ello me induce a exponer sucintamente mi opinión o, al menos, algún apunte sobre la hipotética existencia de una violación del derecho moral de autor de don Pablo Serrano en base a la protección constitucional del derecho a la producción y creación artística (art. 20.1.b) de la Constitución).

Según el considerando tercero de la sentencia, el reconocimiento constitucional del derecho a la producción y creación artística no soluciona el conflicto entre propiedad privada sobre la obra de arte (bien material) y el derecho moral de autor (bien inmaterial), que no es un derecho de la personalidad en sentido estricto. La delimitación de uno y otro derecho es algo que queda reservado por la propia Constitución a un ulterior desarrollo legislativo (de acuerdo con los artículos 20.4 y 53.1 de la Constitución). De lo que cabe deducir que la Constitución no constituye base suficiente para apreciar la existencia en este caso de una violación del derecho fundamental a la producción y creación artísticas.

Por el contrario, el fundamento de derecho tercero del voto particular considera que el desguace y almacenamiento de la obra escultórica del demandante constituye un atentado contra el derecho fundamental a la producción y creación artísticas, amparado por la Constitución, por la declaración de Derechos Humanos y por los Convenios Internacionales sobre derecho de autor. En definitiva, el mencionado derecho fundamental mantendría en todo caso una propiedad residual a favor del autor, que le facultaría para oponerse a que la obra resulte alterada, desvirtuada, deformada, mutilada o modificada perjudicialmente para su honor o reputación. En apoyo del reconocimiento del derecho moral de autor en dicho Fundamento Jurídico 3.º se cita la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14-10-1983 (Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime de Castro García). Es cierto que en ella se reconoce, como tal derecho moral, el de oponerse a la deformación y a la mutilación de la obra, pero no a su destrucción (Vid. mi comentario a esa sentencia en el número 3 de los Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil).

Evidentemente, la protección del derecho moral de autor no puede proceder en este caso de nuestra ya centenaria Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879. Como se señalaba en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965 (2.º considerando) —que desestimó el recurso de casación interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar contra «Industrias Turísticas, S. A.»—, ni siquiera el artículo 9.º de la mencionada Ley (que reserva para el autor el derecho de reproducción y el de exposición pública, a pesar de la enajenación de una obra de arte) permite entender que la conducta objeto de juicio (desmontar la obra comprada a un escultor y almacenar las piezas de la misma, todo ello sin autorización del artista) constituye una violación del derecho de autor. La protección perseguida debería proceder de la Constitución, interpretada en consonancia o «conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2. CE).

Veamos qué es lo que dicen esos textos normativos del Derecho internacional ratificados por España. «Toda persona tiene derecho a la protección

de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autoras». Tal es el tenor literal del artículo 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reproduce casi literalmente el artículo 15.1.c.) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —también ratificado por España. Semejante texto no sirve para proteger a los artistas frente a la destrucción o modificación de su obra, puesto que, aunque se reconoce el derecho moral de autor, no se especifica cuál deba ser su contenido.

Los dos grandes convenios internacionales sobre propiedad intelectual —ambos ratificados por España— son La Convención Universal (o Convención de Ginebra) sobre Derecho de Autor y la Unión Internacional (Unión de Berna) para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. La Convención Universal únicamente garantiza los intereses o derechos patrimoniales del autor (artículos I y IV bis). En cambio, La Unión de Berna extiende su protección al derecho moral de autor. Su artículo 6 bis establece lo siguiente: «independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de los mismos, el autor conserva el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier modificación de la obra, o a todo otro atentado contra la obra, perjudicial para su honor o reputación» (apartado 1).

Se trata de un texto casi literalmente copiado por el artículo 20 de la Ley Italiana de 22 de abril de 1941, en su reforma de 1979. Un sentido similar tiene el parágrafo 14 de la Ley alemana de 9 de septiembre de 1965: «El autor puede prohibir cualquier alteración o menoscabo de su obra que ponga en peligro sus legítimos intereses morales o personales. No obstante, tanto en Italia —Vid. Mario Fabiani, *Il Diritto d'Autore nella giurisprudenza*. 2.ª ed. Cedam. Padova, 1972, págs. 50 a 52—, como en Alemania —Vid. Heinrich Hubmann, *Urheber und Verlagsrecht*, 3.ª ed. C. H. Beck. München, 1974, págs. 151-152— se ha entendido que dichos preceptos no impiden en principio al adquirente de la obra su destrucción.

En Francia —Vid. Henri Desbois, *Le Droit d'Auteur en France*. 3.ª ed. París, 1978, págs. 545 y ss.; Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique*. 2.ª ed. Dalloz. París, 1980, págs. 145 y ss.—, aunque la Ley de 11 de marzo de 1957 tampoco concede una protección específica al autor de una obra plástica frente a su destrucción, la jurisprudencia ha venido reconociendo esa protección frente al capricho del propietario de la obra material cuando su destrucción no responda a una conducta razonable, de acuerdo con sus necesidades y circunstancias. En la casuística de los diversos casos que han sido considerados antes y después de la mencionada Ley se han ponderado diversas circunstancias: que la obra fuese o no el fruto de un encargo, que estuviese o no destinada a exponerse en un lugar público o privado, que su propietario material fuese un sujeto jurídico privado o público, que incidiesen en el conflicto problemas de seguridad o de degradación material de la obra. Frente a las necesidades del propietario material se ha entendido oportuno conceder una oportunidad al artista para dar una solución a aquélla que salvase la destrucción de la obra, incluida la facultad de compra de la misma. Semejante protección del autor se ha basado sobre el derecho de éste a la

divulgación de la obra (arts. 19 y 29 de la Ley), al respecto de la misma y a la protección de su reputación (art. 6.º de la Ley). La Ley de 1957, al atribuir a los jueces y tribunales la facultad de adoptar cualquier tipo de medida que estimen apropiada para poner fin en tales casos a un abuso del propietario material de la obra (arts. 20 y 29), ha venido a facilitar la solución de semejantes conflictos.

De lo expuesto hasta aquí se deduce que la protección de los artistas frente a la destrucción de su obra plástica no es algo clara e indiscutiblemente asumido en el derecho comparado y en los convenios internacionales sobre la materia. Por otra parte, esa protección, cuando se admite, se relaciona con la existencia efectiva de un perjuicio a la reputación del artista. Todo lo cual me lleva a albergar serias dudas sobre la posibilidad de que el art. 20.1.b) de nuestra Constitución sea base suficiente para conceder semejante facultad a los artistas y semejante limitación a los propietarios materiales de sus obras plásticas.

En el tercer considerando de la sentencia (in fine) se nos dice que la regulación específica del derecho de autor es algo que corresponde a la legislación ordinaria, de acuerdo con los arts. 24.1 y 53.1 de la propia Constitución. La necesidad de acudir al régimen legal de los derechos fundamentales para decidir los recursos de amparo es algo que ya ha señalado el propio Tribunal Constitucional (STC. 8/85, de 25.1, sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra. «B.O.E.» 12.2. F. J. 3.º):

«Al examinar y decidir los recursos de amparo... este Tribunal debe aplicar los preceptos de la constitución, en los que los referidos derechos constitucionales se encuentran consagrados y definidos, y también el régimen jurídico normativo de carácter subconstitucional que regule en cada momento uno de los mencionados derechos, pues en la vía de amparo es misión del Tribunal interpretar la Constitución, pero también, y sobre todo, preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos, de acuerdo con su propio régimen jurídico, cuando éste exista, o produciendo en el régimen legal los reajustes que sean necesarios por la vía de una interpretación de los preceptos legales conforme con la Constitución o, finalmente, la declaración de inconstitucionalidad».

De ahí que se haya puntualizado acertadamente —creo yo— que «para que la Constitución sea aplicable directamente será necesario además que el legislador no haya hecho uso de la potestad que se le reconoce en el artículo 53.1 para regular el ejercicio de tales derechos y libertades, respetando, por supuesto, su contenido esencial» (Luis Díez Picazo, *Constitución, Ley, Juez*. Rev. Española de Derecho Constitucional, número 15, sep.-dic. de 1985 página 20).

Lo único que puede garantizar, en su caso, directamente la Constitución es ese contenido esencial de cada derecho fundamental al que se refiere el artículo 53.1 de la misma (STC. 77/85, de 27 de junio. Pleno. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. «B.O.E.» de 17 de julio. Fundamento Jurídico núm. 9; aunque la STC. 83/84, de 24 de junio —Pleno. Ponente: Excelentísimo Sr. D. Francisco Rubio Llorente. «B.O.E.» de 24 de agosto, Fundamento Jurídico núm. 3, párrafo 4.º— parece dar a entender que no existe

tal garantía directa). Pues bien, no resulta claro que, interpretado el artículo 20.1.b) en consonancia con lo previsto en el artículo 10.2, ambos de la Constitución, corresponda al contenido esencial del derecho fundamental, reconocido en aquél, la facultad de oponerse a la destrucción o alteración de la propia obra plástica y, consecuentemente, la necesidad de contar a tal efecto con el consentimiento del artista.

A las razones hasta aquí expuestas cabe añadir las siguientes consideraciones. Una interpretación literal, sistemática, acorde con los antecedentes (trabajos parlamentarios) y finalista, induce a pensar que el artículo 20.1.b) de la Constitución pretende proteger directamente una forma más —entre otras contempladas en el propio artículo— de la libertad de expresión, y no la propiedad intelectual, aunque ésta reciba, de forma derivada, también un determinado reconocimiento. Y así se viene a esbozar al comienzo del tercer considerando de la sentencia: «siendo de observar que lo que se consagra como fundamental, es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas». Abundando en la mencionada interpretación, podría resultar chocante que mientras la propiedad privada material (art. 33 de la Constitución) no es objeto de la protección especial que dispensa el artículo 53.2 de la Constitución, en cambio sí que lo fuese la propiedad privada intelectual (al margen de la libertad de expresión artística que se refiere a un tema distinto, aunque conexas, y cuya mayor protección y superior valoración frente a la propiedad privada sí que parecen razonables en un Estado social y democrático de Derecho que propugna, entre otros valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad (art. 1.º.1 de la Constitución). Por último, conviene recordar que, aunque es evidente —al menos para mí, y así lo señalo más arriba— que el respeto de los derechos fundamentales vincula por igual a los poderes públicos y a los sujetos privados, esa vinculación se produce de forma diferente en relación con estos últimos, en la medida que hay que tener en cuenta la incidencia de la autonomía privada (que también constituye un valor constitucional: economía de mercado del artículo 38 de la Constitución). Así se recoge en las sentencias del Tribunal Constitucional que he citado en relación con la configuración de los derechos fundamentales frente a los demás sujetos privados. Si se tiene en cuenta esa modificación del tratamiento de los derechos fundamentales, cabe plantearse hasta qué punto constituye una exigencia constitucional (del artículo 20.1.b)) que los artistas de obra plástica puedan reivindicar una propiedad incorporal, a pesar de haber enajenado voluntariamente las obras de las que son autores.

Federico de Castro, refiriéndose al fallo de la STS. de 21 de junio de 1965, contrario al recurso de casación de don Pablo Serrano Aguilar y de esa propiedad incorporal o residual del artista, valoraba positivamente la solución dada, de rechazo de la mencionada propiedad residual: «Solución bien fundada en Derecho y acertada, teniendo en cuenta la valoración de los mismos intereses en juego». (*Temas de Derecho Civil*. Madrid, 1972. Vid. pág. 23). Añadía en nota el siguiente comentario: «Posiblemente, en la práctica, esta decisión ha sido la mejor para los intereses de los artistas. Se dificultaría gravemente el comercio de obras de arte modernas, si el adquirente se encontrase con tal limitación del derecho de propiedad en lo que encarga

o compra; con el gravamen de la propiedad residual o condominio del artista, de facultades indefinidas o arbitrarias».

El comentario transcrito tiene la virtud de poner en evidencia —entre otras cosas— la estrecha relación que existe entre los intereses patrimoniales y los intereses morales en el derecho de autor. De ahí que yo coincida con el ponente de la sentencia y con la mayor parte de la doctrina, al afirmar que el derecho de autor no es propiamente un derecho o un bien de la personalidad (Vid. la sucinta exposición que hace de las posiciones doctrinales en esta materia Carlos Rogel Vide, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Studia Albotoniana. Bolonia, 1985, págs. 54 a 56). Ello implica —según el considerando 5.º de la sentencia (ya lo hemos visto)— que no sea aplicable al caso, subsidiariamente, la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Posiblemente se trate de un razonamiento excesivamente esquemático. Aunque el derecho de autor no sea un bien o un derecho de la personalidad, ello no impide que, en su caso, no pueda existir una intromisión ilegítima en el honor de un artista a través de una actuación sobre una de sus obras. El problema consiste en saber si semejante intromisión ilegítima existe cuando un particular destruye (o retira del lugar al que originalmente estaba destinada) una obra de arte porque no satisface sus exigencias estéticas. Habida cuenta que no resulta de la sentencia que comento (ni de su antecedente, la sentencia de 21 de junio de 1965) que la conducta de la entidad demandada, Industrias Turísticas, S. A., se llevase a cabo con especial publicidad o notoriedad (fuera de la necesariamente derivada de su emplazamiento en el «hall» de un hotel), no parece fácil admitir la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del artista autor de la obra, don Pablo Serrano Aguilar.

El artículo 6.º bis, apartado 1, de la Unión de Berna ya tenía la misma redacción actual, antes reproducida, en el momento de surgir el conflicto entre don Pablo Serrano Aguilar e Industrias Turísticas, S. A., a partir de la conferencia de Bruselas de 26 de junio de 1948. El texto de dicha revisión de la Unión ya había sido ratificado en aquel momento por España. No obstante, frente a su alegación en los motivos del recurso el Tribunal Supremo objetó lo siguiente: «... mientras los acuerdos de la citada conferencia no se desenvuelvan en disposiciones posteriores, son conceptos meramente programáticos, que no pueden servir de fundamento a un Tribunal para hacer declaraciones de derecho, y como en España no se ha adaptado aún la legislación de propiedad intelectual al citado convenio, el que no se ha desenvuelto en normas legales, el mismo no puede servir para el reconocimiento del derecho que pretende el recurrente al no existir la disposición legal que específicamente lo sanciona y ampara...» (segundo considerando).

Es cierto que en aquel momento no estaba vigente el actual artículo 1.5 del Código Civil. Pero, según parece, dicha innovación introducida en el Título Preliminar de aquél por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, no supuso sino confirmar una jurisprudencia constante (Vid. *Comentarios a las Reformas del Código Civil*. Ed. Tecnos. Madrid, 1977, pág. 123). De ahí que se eche en falta las razones por las que nuestro Tribunal Supremo entendió que el

Acta de Bruselas de la Unión de Berna no admitía una aplicación directa de la misma. La interpretación de la misma no parece llevar a semejante conclusión. Algunos de sus preceptos carecerían de pleno sentido si se entiende que no producen directamente derechos y deberes a los ciudadanos de los países que procedan a su ratificación. Así ocurre con el artículo 4.º.1 del Acta de Bruselas: «Los autores pertenecientes a uno de los países de la Unión gozan, para sus obras, en los países que no sean el de origen de la obra del artista (art. 4.º.5: en las esculturas se considera país de origen de la obra la del artista, salvo aquellos que se incorporan a un inmueble, en cuyo caso el país de origen será aquel donde se encuentre el inmueble)... de los derechos que sus leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a los nacionales, así como los derechos especialmente acordados por el presente convenio» (el subrayado es mío). Lo mismo ocurre con el artículo 6.º.1: «Los autores que no pertenezcan a uno de los países de la Unión gozarán, en el país de la Unión en el que publiquen por primera vez sus obras, de los mismos derechos que los autores nacionales, y en los demás países de la unión, de los derechos acordados por el presente Convenio» (el subrayado es mío) —aunque este precepto no es aplicable a las obras plásticas—. Lo mismo ocurre en la redacción actual del Acta de París de 24 de julio de 1971 —art. 5.º.1—, aunque el artículo 36 produce una cierta confusión en cuanto a la aplicación directa del Convenio: «Los países parte de este Convenio se comprometen a adoptar... las medidas necesarias para asegurar su aplicación».

Se entiende que en el momento en el que un país se vincula por el presente Convenio, debe estar en condiciones, conforme a su legislación interna, de dar eficacia a sus disposiciones».

Cuando el texto del Convenio garantiza los derechos en él reconocidos a determinados sujetos, yo me inclinaría por entender que en ese aspecto el Convenio es de aplicación directa. Ello ciertamente supone un cambio importante con respecto al valor (meramente programático) que el Tribunal Supremo reconocía a la Conferencia de Bruselas y al texto derivado de la misma para la Unión de Berna. Si esa hipótesis que defiendo fuese correcta, ello querría decir que, mientras determinados artistas extranjeros estarían protegidos en España por el artículo 6.º.b, apartado 1, de la Unión de Berna, siendo consecuentemente titulares de un derecho moral de autor con el contenido recogido en dicho precepto, en cambio los artistas españoles no gozarían de esa misma protección. Que ello fuese así en 1965 podía ser valorado negativamente, pero carecía de consecuencias jurídicas directas. Por el contrario, actualmente ello supondría posiblemente una violación del artículo 14 de la Constitución, en la medida en que nos encontraríamos con un trato jurídico desigual (entre artistas nacionales y extranjeros) sin justificación suficiente o razonable. (Sentencias del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio —Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente. «B.O.E.» de 14 de agosto. Vid. Fundamento Jurídico 3, último párrafo—, 162/1985, de 29 de noviembre —Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez Picazo. «B.O.E.» de 17 de diciembre. Vid. Fundamento Jurídico 2)—, 180/185, de 19 de diciembre —Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llo-

rente. «B.O.E.» de 15 de diciembre. Vid. Jundamento Jurídico 2—, 8/1986, de 21 de enero —Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. «B.O.E.» de 12 de febrero. Vid. Fundamento Jurídico 4)—. Hay que tener en cuenta que de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de igualdad resulta que ésta debe restablecerse mejorando al discriminado y no empeorando al (en términos comparativos) privilegiado: Sentencias 80/1982, de 20 de diciembre (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» de 15 de enero de 1983), 7/1983, de 14 de febrero (misma sala y mismo ponente. «B.O.E.» de 9 de marzo), 86/1983, de 26 de octubre (misma sala y mismo ponente. «B.O.E.» de 7 de noviembre), 98/1983, de 15 de noviembre (Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. «B.O.E.» de 2 de diciembre).

El Tribunal Constitucional ha entendido que los derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», es decir, «aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE)» se extienden también a los extranjeros. Así lo ha declarado en la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente. «B.O.E.» de 21 de diciembre. Fundamento Jurídico 3) con respecto al artículo 14 de la Constitución, y en la sentencia 99/1985, de 30 de septiembre (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» de 5 de noviembre. Vid. Fundamento Jurídico 2.º, párrafo 2.º) con respecto al artículo 24.1 de la Constitución. No parece, pues, que en este caso, el hecho de que la desigualdad se establece entre españoles y extranjeros pueda resultar justificada razonablemente.

Semejante violación del artículo 14 si que produciría, por vía indirecta, la violación del artículo 20.1.b) de la Constitución (producción y creación artística), si se entendiese que, en efecto, el artículo 6.º.b) de la Unión de Berna protege a los artistas frente a una destrucción con las características y en las circunstancias del caso que nos ocupa. Esta incidencia de la violación del artículo 14 CE en los demás derechos fundamentales y libertades públicas ha sido claramente reconocida por el T. C. (Sentencia 39/86, de 31 de marzo. Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. Fundamento Jurídico 2.º.B), pár. 2.º, refiriéndose a la libertad sindical —art. 28.1.CE—: «La eventual violación del principio de igualdad había tenido lugar en la medida en que asegura el igual disfrute de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos, por lo que, cuando el derecho en cuestión —la libertad sindical—, se restringe para unos sindicatos y para otros no y no se aporta argumentación suficiente para justificar la restricción, quedan vulnerados a la vez el artículo 14 de la Constitución y el que consagra el derecho o libertad sustantivo»).

Parece que este posible aspecto de la cuestión no se planteó en los motivos del recurso, por lo que tampoco fue abordado en la sentencia. No obstante, dada la tesis adoptada por la sentencia en cuanto al cauce jurisdiccional apropiado para el caso, la alegación del artículo 14 de la Constitución no habría alterado probablemente la apreciación de incompetencia de jurisdicción, puesto que el derecho a la igualdad tampoco aparece recogido expresamente ni en el artículo 1.º.2 de la Ley 62/1978 ni en el Real Decreto Legislativo 342/1979, que amplía el ámbito de aplicación de aquélla.

Como ya he dicho más arriba, del artículo 6.º b, apartado 1, no resulta necesariamente la existencia de una protección general de los artistas frente a una destrucción de sus obras. De ahí que, en el supuesto de aplicación a nuestro caso, por vía del artículo 14 de la Constitución, no pueda deducirse necesariamente la existencia de una violación del derecho moral de autor de don Pablo Serrano Aguilar. Por otra parte, hay que tener en cuenta que nuestro supuesto de hecho, el de la sentencia comentada, no es exactamente la destrucción de la obra, sino el desmontaje de la misma y almacenamiento de sus piezas. También aquí se reconduce el tema a la protección de la obra en la medida en que ello pueda repercutir en el honor o reputación del artista. Como se apunta en la doctrina francesa, a la que antes me he referido, yo no creo que se pueda dar una contestación general. La ponderación de las circunstancias parece decisiva para determinar la existencia de una lesión del derecho moral de autor. Lo que sí cabe decir es que ni en las motivaciones ni en la conducta de la entidad «Industrias Turísticas, S. A.» existió ánimo de lesionar, ni tan siquiera el mero capricho: entender que una determinada escultura no es adecuada para una determinada decoración parece que es una opción legítima en principio para el propietario de un hotel, máxime cuando se canaliza a través de la mera retirada y almacenamiento de la obra en vez de por su destrucción (el desmontaje parece venir impuesto por el tamaño y configuración de la obra, una vez decidida la retirada de su emplazamiento original). Por otra parte, la entidad demandada alegó que lo realizado no se ajustaba al boceto elegido previamente por ella para el encargo de la obra (1.º considerando de la sentencia y 2.º resultando de la STS de 21 de junio de 1965). En el primer considerando de la sentencia se nos dice que la entidad demandada ordenó desmontar la escultura «guardando sus elementos componentes en un almacén, *ante la negativa del artista a que fuese instalada en ningún otro lugar*» (el subrayado es mío). De ser este último extremo cierto (lo que no queda aclarado en la sentencia), creo que su consideración podría tener carácter decisivo para descartar la existencia de una hipotética lesión del derecho moral de autor o derecho residual de propiedad. Como ya he dicho antes, no parece que la retirada y desmontaje de la escultura se hiciese de forma llamativa o con publicidad que pudiese perjudicar la reputación del artista. En el quinto y último fundamento jurídico del voto particular se observa que no se ha acreditado en el procedimiento, ni puesto de manifiesto «en el desarrollo y fundamentación de los indicados dos motivos en que se apoya el recurso de casación examinado, que el hecho determinante del procedimiento de que emana hubiese repercutido, en modo alguno, en la fama y prestigio nacional e internacional del autor» (*in fine*).

El mismo problema se planteará si —como es previsible— se aprueba y entra en vigor una nueva Ley de Propiedad Intelectual que recoja lo previsto sobre esta materia en el proyecto que se ha venido tramitando en las Cortes. En efecto, el artículo 14 de dicho proyecto, reproduce casi literalmente en su apartado 4.º el artículo 6.º b de la Unión de Berna: «El autor goza de las siguientes facultades irrenunciables e inalienables: 4.º. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a

su reputación». Además, la disposición transitoria 4.^a del proyecto prevé que lo dispuesto en los artículos 14 a 16 sea «de aplicación a las obras creadas antes de su entrada en vigor». Al margen pues del resultado al que pueda conducir el litigio en el que se inserta la sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada (ante la hipótesis de que se haya interpuesto un recurso de amparo), es evidente que la entrada en vigor de semejantes textos legales planteará el problema en relación con el supuesto de hecho cuestionado, de si el desmontaje de la escultura de don Pablo Serrano Aguilar y la situación en que la misma se encuentra (sus piezas desmontadas se encuentran almacenadas) constituye o no un atentado contra la obra que perjudique los legítimos intereses o la reputación del artista.

El hecho de que, en verdad, no se tratase propiamente de un caso de destrucción de la obra, sino de un desmontaje de la misma para su almacenamiento, no sólo implica un mayor respeto y consideración de la obra y de su autor, sino que, además, frente al supuesto de destrucción, es lo que permite plantear por segunda vez el conflicto sobre la base de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y su eficacia inmediata. Paradójicamente, la destrucción total no podría haber generado responsabilidad alguna mientras que el desmontaje y almacenamiento de la obra, al ser una situación que se prolonga en el tiempo, sí que deja abierta la posibilidad de reclamar tal responsabilidad.

Como se recordará, la entidad demandada opuso, como cuestión previa también, junto a la incompetencia de jurisdicción, la excepción de cosa juzgada, basada en la firmeza de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965. Al ser apreciada la incompetencia de jurisdicción en ambas instancias y en casación, no existe en ninguna de las sentencias correspondientes, incluida la del Tribunal Supremo, objeto de este comentario, referencia alguna a este tema. Solamente es abordado en el Fundamento Jurídico 4.^o del voto particular. En él se nos dice que no existe cosa juzgada, pues no concurre, entre uno y otro procedimiento, la misma «causa pretendi», como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución y su eficacia inmediata con respecto a las situaciones existentes, aunque procedan de una situación anterior. La disposición transitoria 4.^a del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual concuerda con semejante criterio, como hemos visto, puesto que prevé la extensión de los derechos morales que se reconocen en el texto del Proyecto a todas las obras creadas antes de su entrada en vigor (prescindiendo de que dentro de esos derechos morales puede quedar subsumida la exigencia del demandante, don Pablo Serrano Aguilar). A sensu contrario, puede entenderse que semejante texto admite tácitamente que esos derechos morales no existen previamente (al amparo del artículo 20.1.b de la Constitución).

Son múltiples las Sentencias del Tribunal Constitucional que han venido a afirmar una retroactividad de tipo medio para la Constitución o eficacia inmediata de la misma. La Sentencia 9/1981, de 31 de marzo (Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant. «B.O.E.» de 14 de abril), después de hacer una amplia exposición en su Fundamento Jurídico 3, de la importancia de la Constitución, de su eficacia inmediata y de su eficacia re-

troactiva, añade lo siguiente en los párrafos 6.º y principio del 7.º de dicho Fundamento Jurídico:

«... es claro que la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución.

Esta doctrina de carácter general habrá de ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta, las peculiaridades del mismo...».

La misma doctrina se reitera en las sentencias 10/1981, de 6 de abril (Sala 1.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. «B.O.E.» de 14 de abril. Vid. Fundamento Jurídico 7), 80/1982, de 20 de diciembre (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente), 8/1983, de 18 de febrero (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra. Vid. Fundamento Jurídico 3, *in fine*), 42/1984, de 23 de marzo (Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» de 25 de abril. Vid. Fundamento Jurídico 3) y en el Auto 384/1984 (Sala 1.ª. Sección 1.ª).

De la jurisprudencia expuesta me importa destacar, abundando en ella con el ejemplo que nos brinda la última sentencia citada, la afirmación contenida al comienzo del Fundamento Jurídico 7.º de la sentencia 9/81 de 31-III en relación con el contenido de aquélla: «Esta doctrina de carácter general habrá de ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta las peculiaridades del mismo». El supuesto que nos ocupa es ciertamente peculiar: obra escultórica que se encuentra desmontada y almacenada. ¿Si se parte de la base de que la actuación en cuestión es contraria al artículo 20.1.b —cosa que yo dudo, como ya he dicho— habría que concluir —como lo hace el voto particular de la sentencia— que la eficacia inmediata de la Constitución determina su aplicación a dicho caso? Semejante efecto retroactivo de la Constitución en este caso me resulta problemática. Mis dudas se relacionan de nuevo con una valoración de la protección que en verdad la Constitución pueda dispensar al derecho moral de autor a través del artículo 20.1.b) de la misma (y más concretamente el derecho moral que pueda existir en este caso frente al propietario material de la obra). En definitiva, como en esa misma jurisprudencia constitucional se expone, la retroactividad o eficacia inmediata de la Constitución viene impuesta por la defensa del nuevo orden de valores que aquélla introduce y a la incompatibilidad de los mismos con las situaciones preexistentes que se prolonguen en el tiempo. Pues bien, me resulta dudoso admitir que la situación creada por la actuación de la parte demandada con respecto a la obra escultórica del demandante sea tan contraria y antagónica con el nuevo orden de valores constitucionales que ello pueda requerir esa aplicación inmediata y retroactiva de la Constitución. Con ello quiero decir que, aún admitiendo que semejantes valores queden protegidos por el artículo 20.1.b), pienso que su protección inmediata, incluidos los supuestos ya creados al amparo de la legislación anterior, no cons-

tituyen una consecuencia evidente de la entrada en vigor del nuevo orden político, social y jurídico representado por la Constitución.

En el voto particular se accede básicamente a las peticiones del demandante. De ahí que en el fallo del mismo se condene a «Industrias Turísticas, S. A.», a poner a disposición del demandante «los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», a fin de que aquél pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte», «pero con pleno respeto al derecho de propiedad derivado de adquisición por las tantas veces mencionada «Industrias Turísticas, S. A.», dado que, como ya expresamente reconoce el recurrente en el... segundo de los motivos..., la recomposición de la obra artística... es del todo independiente del problema ulterior de la titularidad dominical del «Corpus mechanicum», o sea de la obra material..., que de producirse discrepancias en cuanto a quien corresponde o a las consecuencias económicas que la reconstrucción pueda originar... no tiene su cauce adecuado en el presente procedimiento, al venir limitada y contraída su naturaleza a la mera protección del derecho fundamental del autor» (Fundamento Jurídico 4.º, *in fine*). Además —creo yo— cualquier pronunciamiento sobre tales aspectos patrimoniales incurriría en incongruencia, puesto que el suplico de la demanda no se refería para nada a los mismos. Semejante fallo, acorde con el petitum de la demanda, pone de relieve la complejidad que este tipo de supuestos presenta para solucionarlos cuando se entiende que, en efecto, existe una lesión del derecho moral de autor. Salta a la vista que queda como problema pendiente la determinación del lugar en el que la escultura reconstruida debe instalarse y, en su caso, si no existe acuerdo sobre el mismo, la posibilidad de que el autor pueda recuperar la propiedad dominical de la escultura y los términos económicos en que dicha recuperación pueda producirse. Recuérdense cómo precisamente la Ley Francesa permite un amplio margen de discrecionalidad a los jueces y tribunales con respecto a esta materia. Es evidente que, en el caso de haber prosperado el criterio del voto particular, la sentencia habría dejado abierto probablemente un segundo conflicto.