



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

**EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA A LA PARODIA.**

Autor:

Aurora Marlene Tactuk Retif

Director:

Dr. Fernando Bondía Román

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

Getafe, 2009

TESIS DOCTORAL

EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA A LA PARODIA.

Autor: Aurora Marlene Tactuk Retif

Director: Dr. Fernando Bondía Román

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

*Para Adrián,
mi ternura, mi compañero,
lo que más quiero, tú.*

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo ha podido culminarse gracias al apoyo incondicional que he recibido de diversas personas a lo largo de estos cinco años de investigación y esfuerzo. De ahí, que me gustaría dedicar este espacio para expresar de algún modo mi eterna gratitud para aquellos que me han orientado y dirigido en este estudio, así como a quienes supieron estar a mi lado para afrontar los momentos más difíciles.

En primer lugar quisiera expresar mi más sincero agradecimiento a mi maestro y director de Tesis, el **Dr. Fernando Bondía Román**, por su incansable bolígrafo azul que me guió durante la realización de este estudio, por su profesionalidad, por confiar ciegamente en mí y por tenderme una mano amiga cuando más lo necesité. Faltan palabras para describir mi gratitud.

En segundo lugar agradecer a **D. Santiago David Mediano Cortés**, por sus teorías, sus consejos, su inagotable deseo de enseñar, su amistad y, en general, por darme la oportunidad de aprender tanto de un maestro como él.

Asimismo, agradecer a todo el personal de **Santiago Mediano Abogados**, por contribuir al desarrollo de mi investigación con sus conocimientos, su respaldo y su cariño; pero sobre todo, por conseguir que despertar cada mañana para trabajar en SMA sea todo un placer. En especial, mi más profundo agradecimiento para **Javier Berrocal**, **Juan Fernández Garde**, **Chris Cooke**, **Francisco Arroyo Álvarez de Toledo**, **Santiago Ilundáin** y **Silvia Hernández**, profesionales excepcionales de los que tengo el honor de aprender algo nuevo cada día.

Agradecer también a mis compañeros de profesión y de la vida, **Paula García, Elsa Martín, Javier Ruiz Baudot, Begoña Fernández, Pablo Brobia, María Isabel Soriano, Ginés Saura, Susana Pastor, Alfredo Díez y Juncal de Tena.** Gracias amigos por estar siempre pendientes de mí y de mi trabajo.

En particular, quisiera agradecer igualmente a mis padres, **Alfredo y Aurora,** sin los cuales sencillamente hubiera sido imposible llegar hasta este punto, ya no sólo por haberme dado la vida, sino por sus incontables esfuerzos y sacrificios por hacer de mí la persona que soy hoy.

De la misma manera, agradezco el amor y el apoyo incondicional recibido por parte de mis hermanos, **Soraya, Iván, Gina y Jordi,** quienes además de reconfortarme con palabras de aliento, han aportado lucecitas a mi vida que tienen nombre y apellido: **Sabrina, Marcela, Lorenzo, Camila y Adriá.**

A mi incomparable equipo “A” particular: **Miguel, Carmela, Carlos, Lorena, Gabriel, Pablo y Sandra,** por ser mi familia, mi ayuda, mi apoyo y fuente inagotable de alegrías. Gracias por todo.

A mis amigos de ayer, de hoy y de siempre, **Michelle, Teresa, Diana, Melissa, Patricia, Elvia, Claudia, Jennifer, Michael, Mariela, María Eugenia, Gabriel y Polibio.** Gracias por velar siempre por mi bienestar y por el apoyo que me han dado a lo largo de estos años. Sin su apoyo no hubiera podido afrontar tantos sacrificios.

Y a ti, mi **Adrián,** por soportar mis lágrimas, mi cansancio, mi mal humor y mis desánimos con la más amplia de las sonrisas. Gracias por tu paciencia, por tu compañía y por tu amor. Este trabajo es tuyo. Nunca lo hubiera logrado sin ti.

A todos, un millón de gracias.

SUMARIO

Introducción.....	12
--------------------------	-----------

CAPÍTULO PRIMERO

BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. Generalidades.....	19
1.1. <i>Antecedentes.....</i>	25
1.2. <i>Extensión o alcance de la protección.....</i>	31
1.3. <i>Condiciones o requisitos de protección.....</i>	36
a) <i>Creatividad.....</i>	37
b) <i>Originalidad.....</i>	38
c) <i>Creaciones literarias, artísticas o científicas.....</i>	42
d) <i>Creaciones expresadas por cualquier medio o soporte.....</i>	44
1.4. <i>El derecho de autor como derecho de propiedad.....</i>	46
1.5. <i>Reconocimiento constitucional del derecho de autor.....</i>	50
1.6. <i>Contenido de los derechos de autor.....</i>	57
2. Los derechos morales.....	59
2.1. <i>El derecho a decidir sobre el momento y forma de la divulgación...</i>	65
2.2. <i>El derecho a exigir el reconocimiento a su condición de autor.....</i>	68
2.3. <i>El derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra.....</i>	73
2.4. <i>El derecho de modificación.....</i>	76
2.5. <i>El derecho de retirar la obra del comercio.....</i>	79
2.6. <i>El derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra.....</i>	80

3. Los derechos patrimoniales.....	82
3.1. <i>El derecho de reproducción</i>	86
3.2. <i>El derecho de distribución</i>	93
3.3. <i>El derecho de comunicación pública</i>	97
3.4. <i>El derecho de transformación (Breve introducción)</i>	102

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN: DE LA OBRA ORIGINARIA A LA OBRA DERIVADA

1. Antecedentes.....	104
1.1. <i>La Ley de Propiedad Literaria de 1847</i>	105
1.2. <i>La Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y su Reglamento de 1880</i>	106
1.3. <i>La Ley de Propiedad Intelectual de 1987</i>	107
1.4. <i>El Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual de 1996 y sus modificaciones posteriores</i>	108
2. Noción jurídica de transformación.....	111
2.1. <i>Definiciones</i>	112
2.2. <i>Elementos susceptibles de protección de la obra preexistente</i>	116
2.3. <i>¿Transformación o reproducción?</i>	120
2.4. <i>Datos y criterios</i>	124
2.5. <i>El derecho de transformación en otras legislaciones</i>	126
2.6. <i>Diferencia entre el derecho moral a la integridad de la obra y el derecho de transformación</i>	130
2.7. <i>De la autorización del autor de la obra preexistente</i>	132
2.8. <i>El derecho de transformación a la luz de los artículos 348 y siguientes del Código Civil</i>	143
3. Las obras derivadas.....	146
3.1. <i>Generalidades</i>	148
3.2. <i>Características de las obras derivadas</i>	154
4. Las obras compuestas.....	159
4.1. <i>La incorporación de una obra preexistente para crear una obra nueva</i>	161
4.2. <i>Ausencia de colaboración entre los sujetos</i>	166

5. Diferenciación de figuras.....	169
5.1. <i>Diferencia entre obra compuesta y obra derivada</i>	169
5.2. <i>Diferencia entre obras compuestas, obras colectivas y obras en colaboración</i>	171
6. Colecciones. Bases de datos.....	177
6.1. <i>De las colecciones</i>	178
6.2. <i>De las bases de datos</i>	184
7. Las obras independientes.....	192

CAPÍTULO TERCERO

EXAMEN DE LAS MODALIDADES TÍPICAS DE TRANSFORMACIÓN

1. Aspectos Generales.....	195
2. Modalidades típicas de transformación.....	196
2.1. <i>La Traducción</i>	197
2.1.1. <i>Orígenes de la traducción</i>	200
2.1.2. <i>Concepto y aspectos generales de la traducción</i>	204
2.1.3. <i>La interpretación</i>	208
2.2. <i>La Adaptación</i>	210
2.3. <i>Revisiones, actualizaciones y anotaciones</i>	218
2.4. <i>Compendios, resúmenes y extractos</i>	223
2.5. <i>Los arreglos musicales</i>	225
2.5.1. <i>Generalidades</i>	225
2.5.2. <i>La originalidad en los arreglos musicales</i>	232
2.5.3. <i>Los arreglos musicales de obras del dominio público</i>	237
2.5.4. <i>La transcripción de la obra musical</i>	241
2.6. <i>Otras transformaciones de obras literarias, artísticas o científicas</i>	243
3. El denominado contrato de transformación de obras audiovisuales: la presunción de cesión.....	245
4. Las obras audiovisuales derivadas de otras obras audiovisuales: remake, secuela y spin off.....	248
5. La utilización de obras musicales preexistentes. El derecho de sincronización.	256

CAPÍTULO CUARTO

LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

1. Límites a los derechos de explotación: Breve introducción.....	263
1.1. <i>Generalidades</i>	266
1.2. <i>Interpretación restrictiva de los límites a los derechos de autor (la regla de los tres pasos, los “usos honrados” y el “ius usus innocui”)</i> ..	273
1.3. <i>La teoría llamada del “Fair use”</i>	279
2. Los límites al derecho de autor contemplados en los artículos 31 a 40 del Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual.....	284
3. Límites que afectan al derecho de transformación.....	292
3.1. <i>Discapacidades</i>	293
3.2. <i>Obras situadas en vías públicas</i>	296
3.3. <i>El caso especial de los programas de ordenador</i>	305
3.4. <i>La inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas a título de cita, análisis, comentario o juicio crítico</i>	307
3.5. <i>La parodia como límite</i>	314

CAPÍTULO QUINTO

EXAMEN DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y CLASES DE PARODIA

1. Introducción.....	316
2. Antecedentes.....	317
3. Concepto de parodia.....	323
4. Razones que fundamentan al límite de la parodia.....	326
4.1. <i>Generalidades</i>	327
4.2. <i>El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la creación y producción intelectual</i>	328
4.3. <i>El fomento de la cultura</i>	333
5. Situación actual de la parodia en derecho comparado.....	337
5.1. <i>Europa</i>	337
5.2. <i>Estados Unidos de Norteamérica</i>	341

5.3. <i>América Latina</i>	342
6. La parodia como obra derivada.....	346
7. Relación de la parodia con otras figuras.....	350
7.1. <i>Afinidad jurídica: El límite de cita</i>	351
7.2. <i>Afinidad genérica</i>	353
7.2.1. <i>La caricatura</i>	354
7.2.2. <i>El pastiche</i>	361
7.2.3. <i>La sátira y la burla</i>	363
8. Clases de parodia según el tipo de obra.....	367
8.1. <i>Parodia literaria</i>	367
8.2. <i>Parodia musical</i>	370
8.3. <i>Parodia de personajes de una obra concreta y determinada</i>	372
8.4. <i>Parodia de obras de artes plásticas y fotográficas</i>	376
8.5. <i>Parodia de obras cinematográficas o televisivas</i>	379
9. Clases de parodia según el objetivo perseguido con la misma.....	382
9.1. <i>Parodias objeto (target parodies)</i>	383
9.2. <i>Parodias medio (weapon parodies)</i>	384
10. La parodia cruzada.....	389

CAPÍTULO SEXTO

EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PARODIA LÍCITA

1. Generalidades.....	391
2. Los requisitos de licitud de la parodia.....	392
2.1. <i>Del efecto que debe conseguir la parodia</i>	393
2.2. <i>Divulgación de la obra original</i>	397
2.3. <i>Del material ajeno utilizado</i>	400
2.3.1. <i>La imitación de una obra ajena</i>	400
2.3.2. <i>Utilización de materiales desprotegidos</i>	401
2.3.3. <i>Utilización de materiales protegidos</i>	403
2.3.4. <i>De la cantidad de material ajeno utilizado</i>	404
2.4. <i>Inexistencia de riesgo de confusión de la obra derivada con la obra preexistente</i>	410

2.5. <i>Que no se infiera un daño a la obra originaria.....</i>	416
2.6. <i>Que no se infiera un daño al autor de la obra originaria.....</i>	421
3. Colisión entre los derechos del autor de la obra originaria y los derechos del parodista: <i>Generalidades.....</i>	423
3.1. <i>Colisión de los derechos del autor de la obra originaria y los del parodista en cuanto a los derechos morales.....</i>	423
3.2. <i>Colisión de los derechos del autor de la obra originaria y los del parodista en cuanto a los derechos patrimoniales.....</i>	426
3.2.1. <i>De la autorización por parte del autor de la obra preexistente.</i>	427
3.2.2. <i>La imposición de un límite remunerado o no al Derecho.....</i>	432
4. Parodia y otros aspectos relacionados.....	440
4.1. <i>Colisión de la parodia con valores ajenos a la relación paródica...</i>	441
4.2. <i>Parodia y arte apropiacionista.....</i>	444
4.3. <i>La parodia de marcas.....</i>	447
Conclusiones.....	455
Relación de textos jurisprudenciales citados.....	472
Referencias Bibliográficas.....	479

INTRODUCCIÓN

*“Las críticas no serán agradables,
pero son necesarias.”*

Winston Churchill (1874-1965)
Político británico.

Hay quienes afirman que todo en el arte o bien se copia en cierta forma de lo ya hecho, o bien es nuevo en el sentido de que no se nutre de ningún elemento primigenio. Esta afirmación vista desde un punto de vista filosófico –casi teológico- nos lleva a dos vertientes distintas que tratan de encauzar la creación artística, científica y/o literaria: (i) la de los que piensan que crear significa hacer, producir algo de la nada, y (ii) la de los que sostienen que las cosas no surgen de la nada y que sólo somos meros aglutinadores de entes preexistentes. Ahora bien, ninguna de estas afirmaciones puede estimarse errada. Después de todo, no hay verdades absolutas. Sin embargo, nos gusta pensar en un punto intermedio. Para nosotros, las obras o creaciones, aunque nuevas -ya que, como veremos, para tener la consideración de tal necesariamente deben de revertir un cierto grado de originalidad-, se inspiran de alguna manera de todo el entorno que nos rodea, y en múltiples ocasiones ese entorno incluye obras creadas anteriormente de las que el autor se ha ido nutriendo a lo largo de su vida.

De manera similar parecen entenderlo los sistemas legales de casi todos los países del mundo por lo que protegen las obras ya creadas y a la vez intentan fomentar

sustancialmente el acceso a la cultura. La idea es que cada vez existan más obras que sirvan de base a las que irán creando las futuras generaciones. Sin embargo, se trata de que los nuevos creadores se inspiren o bien tomen como apoyo obras anteriores, no de que se las apropien de manera indebida. De ahí, que le surja al legislador una importante disyuntiva: por un lado ha de reconocérsele al autor ciertos derechos y facultades que recompensen y garanticen su labor creativa, y por otro lado, esos derechos no deben de ser tan absolutos que repercutan en contra del desarrollo cultural; razón por la cual han de existir ciertos límites a los derechos del autor sobre su obra.

Es por esto que, como veremos, el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), en sus artículos 17 a 21, concede a los autores de creaciones intelectuales una serie de derechos de carácter patrimonial que le permiten controlar la explotación económica de tales obras, así como garantizar que dicha explotación se lleve a cabo de manera que respete los intereses personales del autor. Ahora bien, para mantener el equilibrio al que hacíamos referencia anteriormente entre el derecho del autor y el derecho al acceso a la cultura del resto de los individuos que conforman la sociedad, el legislador también ha impuesto una serie de límites a tales prerrogativas del autor, los cuales vienen contemplados en los artículos 31 a 40 del TRLPI, y que, en definitiva, vienen a establecer los supuestos en los que es considerado válido explotar una obra ajena sin que dicha conducta pueda ser estimada como infracción de los derechos de su autor. La existencia de tales límites responde, por lo general, a diversas manifestaciones del interés público que se concretan fundamentalmente en el ámbito de la investigación, la docencia y la información, así como en la promoción y desarrollo de la ciencia y la cultura.

En concreto, en lo que se refiere a los derechos patrimoniales del autor, el TRLPI reconoce expresamente los siguientes: (i) el derecho de reproducción (la fijación directa o indirecta, provisional o permanente de la obra en cualquier forma y en cualquier medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella); (ii) el derecho de distribución (la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma); (iii) el derecho de comunicación pública (todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas) y (iv) el derecho de transformación.

Y es precisamente este último derecho citado, el de transformación, y el límite que afecta directamente a dicha facultad, esto es, el de la parodia, lo que constituye el objeto del presente estudio. Como veremos más adelante, el derecho de transformación consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella, como pueden ser las adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, arreglos musicales, compilaciones, antologías o cualesquiera otras modificaciones en la forma de su creación de la que se derive una obra diferente.

A nuestro juicio, abordar un tema de esta naturaleza no es para nada baladí. Al fin y al cabo se trata del derecho de explotación que más implicaciones distintas conlleva y en su ejercicio, cada vez más desarrollado, se relacionan obras distintas, muchas veces de géneros también distintos. De esta manera, no resulta raro ver adaptaciones de obras literarias a obras cinematográficas o de audiovisual a videojuego y viceversa, entre otros muchos supuestos. Asimismo, hoy día el desarrollo cultural de los distintos países del mundo no se comprende si no es a través de la traducción y todo el sector musical tiene

mucho que agradecer a los arreglos. Igualmente, otro tanto habría que predicar sobre la utilidad de las actualizaciones, resúmenes y compilaciones para los ámbitos de la ciencia, la educación y la investigación.

Así las cosas, vemos que se trata, probablemente, de una de las cuestiones más delicadas y a la vez más complejas que presenta la institución de la propiedad intelectual y sin embargo, una vez estudiada la doctrina y la jurisprudencia disponible a estos efectos, notamos que es una de las materias menos abordadas. La oscuridad o debilidad del tema viene dada –además de porque en el ejercicio del derecho de transformación quedan implicados casi forzosamente aspectos que no son propiamente jurídicos, sino que tienen que ver con la actividad de creación intelectual en sí misma considerada- porque el tema de la transformación de la obra intelectual desde siempre ha parecido resistirse a ser resuelto en base a razonamientos jurídicos concretos.

Y es que, a diferencia del resto de los derechos de explotación contemplados en el artículo 17 del TRLPI, el derecho de transformación implica la toma de elementos propios y característicos de una obra preexistente aplicados en la creación de una obra diferente, viéndose, pues, involucrados, por lo general, dos autores y resultando siempre dos obras distintas con derechos también distintos. Y si el determinar el grado de originalidad de una obra es ya de por sí complicado, intentar hacer lo mismo con una obra derivada puede serlo aún más. Eso, por no entrar en detalles sobre cuándo ha de entenderse que se han sobrepasado o no los límites autorizados para una transformación determinada, lo cual se aleja de todo aspecto jurídico y para lo que se necesitará, por lo general, de la ayuda de un perito.

Para mayor complejidad, al estudiar esta figura debemos de necesariamente hacer un alto para examinar su límite por excelencia, que como se apuntaba anteriormente no es

otro que el que reconoce el artículo 39 del TRLPI relativo a la parodia. A grandes rasgos, y como primera aproximación podemos afirmar que la actividad paródica encierra una crítica indirecta que aprovecha el éxito de una obra y la imita de forma destructora para enviar al público el referido mensaje crítico.

Ahora bien, el determinar cuándo estamos o no ante una parodia en sentido jurídico puede ser una tarea complicada, toda vez que para ello han de cumplirse una serie de requisitos que el propio artículo 39 establece de forma expresa -que no siempre son fáciles de delimitar-, y porque existen diversas figuras que usualmente tienden a ser confundidas con la actividad paródica, pero que en definitiva son aspectos totalmente distintos a ella. De ahí, que la parodia sea también una figura compleja cuyas interrogantes usualmente se deben de responder igualmente atendiendo a cada caso concreto, ya que la propia ley no se presenta clara en este sentido.

Es precisamente esta complejidad y la escasez de información, tanto en relación al derecho de transformación como a la propia parodia, lo que nos impulsa a estudiar estas figuras más a fondo. A fin de sustentar nuestro estudio, haremos uso de la escasa jurisprudencia y doctrina existente en España, si bien será también imperiosamente necesario apoyarnos en textos doctrinales y jurisprudenciales extranjeros. A estos fines, iniciaremos nuestro estudio con un breve estudio introductorio sobre propiedad intelectual haciendo referencia a los distintos derechos morales y de explotación de que goza el autor, haciendo hincapié, por supuesto, en el derecho de transformación. Veremos a fondo su concepto, antecedentes, modalidades típicas y límites que afectan a este singular derecho, para luego hacer una especial referencia al límite de la parodia, que como hemos apuntado anteriormente también presenta importantes lagunas.

Cabe resaltar, sin embargo, que no es nuestra intención, dar solución aquí a todos los problemas que giran en torno al tema; simplemente pretendemos contribuir de alguna forma a hacer avanzar nuestros conocimientos en este campo al que no muchos han prestado la atención suficiente. Lo que sí es que intentaremos abordar los temas en cuestión tratando de ofrecer respuestas alternativas a algunos aspectos que la mayor parte de la doctrina ha venido interpretando de la misma manera desde hace años, quizás sin detenerse fijamente en los cambios legislativos que se han venido operando con el tiempo y que han afectado de forma radical al concepto que hoy día tenemos de derecho de transformación y por ende, de parodia.

Dicho lo último, concretamente, porque uno de los supuestos que mayor discusión ha suscitado con relación a la actividad paródica es si el autor de la obra primigenia debe de percibir algún tipo de remuneración por la explotación de la parodia como sucede con el resto de obras derivadas. Como se verá en el Capítulo VI de este estudio, somos partidarios de dar a dicha interrogante una respuesta afirmativa, aunque con ello nos mostremos en total desacuerdo con la opinión de la mayor parte de la doctrina.

De la misma manera, abordaremos otros aspectos que van desde establecer la necesidad de dos autorizaciones distintas por parte del autor de la obra preexistente para llevar a cabo la actividad transformadora, hasta el cuestionarnos si efectivamente es el derecho a la libertad de expresión o no el que fundamenta el límite de la parodia; aspectos estos que hasta la fecha han sido afrontados por la mayoría siempre de la misma manera y, en todo caso, de forma contraria a lo que aquí establecemos.

Sin perjuicio de cuanto acontece, hemos de destacar que las nuevas propuestas que ofrecemos en este estudio se esbozan con el mayor respeto a la doctrina existente y que aún sin contar con el apoyo de la generalidad a estos efectos todas nuestras hipótesis

están basadas y apoyadas de alguna forma en normas, textos doctrinarios o bien en jurisprudencia preexistente. De esta manera, somos conscientes de que casi todo cuanto se diga en las páginas siguientes encontrará probablemente más detractores que adeptos, pero al menos tenemos la satisfacción de haber llevado a cabo una labor de investigación más o menos fundamentada que lleva consigo la esperanza de abrir nuevamente los foros de debate ante nuevas posibilidades en lo que a esta materia se refiere y contribuir de esta manera con su desarrollo.

CAPÍTULO PRIMERO

BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

*“La belleza artística no consiste en
representar una cosa bella, sino en
la bella representación de una cosa.”*

Immanuel Kant (1724-1804)
Filósofo alemán

1. GENERALIDADES

La expresión Derecho de Autor se utiliza en nuestro sistema legal como sinónimo de Propiedad Intelectual¹ para referirse a aquel derecho exclusivo de propiedad especial que la ley otorga al autor de una obra original del intelecto por entender que la misma es susceptible de protección. El texto legal que regula esta materia es el Texto Refundido

¹ Es preciso destacar que en el ámbito del Derecho comparado estas expresiones no son equivalentes, ya que en la mayoría de los países del mundo la expresión “propiedad intelectual” incluye a su vez a la propiedad industrial. A este respecto, resultan ilustrativas las palabras de ANGUITA VILLANUEVA, Luis, “Derechos fundamentales y propiedad intelectual”, en IGLESIAS REBOLLO, César (coord.), *Propiedad intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005, Pág. 52 (nota al pie número 122) cuando a este respecto establece lo siguiente: “El estudio de la propiedad intelectual en nuestro país ha transcurrido en torno a una separación entre los frutos de la creación con finalidad ‘civil’ o ‘mercantil’. Tal diferencia, se plantea incluso en el adjetivo que se utiliza para acompañar al sustantivo propiedad. En un caso se denomina a la situación de titularidad que el ordenamiento jurídico protege como ‘intelectual’ y, en otro, como de ‘industrial’. El adjetivo, por tanto, diferencia el género de lo específico sin saber muy bien como el término más general sólo pasa a designar un tipo de creación y, el otro, a aquellas creaciones que tienen una eminente aplicabilidad en el mundo de la empresa. Sin embargo, dicha diferenciación me parece falsa terminológicamente y minoritaria en el Derecho Comparado. No sólo porque otros países de tradición codificadora de la Europa continental designen a lo que nosotros denominamos propiedad intelectual como Derecho de Autor (caso de Francia, Italia, Alemania o Portugal), sino porque tanto las organizaciones internacionales en la materia y, sobre todo y promovido por ellos, los países del Common Law emplean la propiedad intelectual como aquella destinada a los frutos del intelecto humano materializados o susceptibles de materialización para su uso.”

Por otra parte, BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, Pág. 159, sostiene que tanto la expresión ‘propiedad literaria y artística’ (empleada por la legislación francesa) como la de ‘propiedad intelectual’ tienden a desaparecer del panorama universal. Así, los países de Iberoamérica que tradicionalmente, siguiendo el ejemplo español y francés, adoptaban para sus leyes estas denominaciones, la sustituyen actualmente por la de “derecho de autor”, como es el caso de Méjico, Perú, Venezuela, Ecuador, Argentina y Colombia.

de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado mediante Real Decreto Legislativo número 1/1996, de 12 de abril (TRLPI).²

Como primera aproximación, podríamos establecer que el Derecho de Autor es la disciplina jurídica que protege las obras en cuanto a que las mismas son creaciones literarias, artísticas y/o científicas fruto del intelecto humano. Este derecho surge por la necesidad de salvaguardar el esfuerzo creativo del autor, que se materializa en forma de obra dotada de originalidad. Así, “el autor que ha tomado la inspiración para crear su obra de lo que le rodea, contribuye con su creación original al disfrute de la sociedad, y ésta le confiere a cambio un derecho de exclusiva: en positivo, para disfrutar de su obra con exclusión de terceros; y en negativo, para evitar que terceros la utilicen sin su consentimiento”.³

Y es que la propiedad intelectual, tal y como se concibe en España, es el resultado de la evolución de la creatividad humana que se halla continuamente bajo el influjo de la sociedad en la que el hombre se desarrolla, recibiendo de ella conocimientos e inspiración. Se trata de un derecho propio del autor que lleva a cabo la realización de la obra, que contiene facultades morales y patrimoniales y que, al mismo tiempo, cumple con fines sociales de educación y cultura. Entre el autor y su obra existe una relación jurídica regulada por ley, que en cierta manera resulta análoga a las de las demás propiedades ordinaria y especiales. Sin embargo, en palabras de AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, en principio, las obras de propiedad intelectual presentan mayor consideración que las propiedades de bienes inmuebles, muebles o semovientes del

² Tal y como veremos más adelante, el TRLPI ha sido modificado en varias ocasiones y, evidentemente, a los fines de este estudio manejaremos la versión vigente a la fecha. Cabe resaltar, además, que en materia de propiedad intelectual también rige el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual aprobado mediante el Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo.

³ GONZÁLEZ GORDON, María, “Unida en la diversidad: Independencia, compatibilidad y acumulación de lo intelectual y lo industrial”, en IGLESIAS REBOLLO, César (coord.), *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005, Pág. 150.

régimen común, porque, además de tener origen espiritual, sus frutos trascienden del autor de cada obra transmitida a toda la sociedad, ya universal y globalizada, que goza con su lectura, contemplación visual o auditiva; y porque no nacen ni proceden de actos adquisitivos de ocupación, acceso o negocio jurídico, sino de la actividad de la inteligencia humana en libre inspiración.⁴

Así pues, una de las principales especialidades de este campo del Derecho, a diferencia de otras materias similares como son las marcas y las patentes, es que su protección surge desde el mismo momento de la creación. A la finalización del proceso creador se generan una serie de derechos de exclusiva en forma automática sin necesidad de inscribir la obra resultante en un registro público. El registro de las obras de Propiedad Intelectual es, por tanto, meramente declarativo de derechos y no constitutivo de los mismos.

Otra de las particularidades de las obras de Propiedad Intelectual es la doble naturaleza de sus derechos de exclusiva; patrimonial y moral. “Si bien, el carácter eminentemente económico que subyace bajo las marcas o las patentes también puede predicarse de las obras de Propiedad Intelectual, entiende el legislador que el autor de una obra intelectual dota a su creación de algo de sí mismo; siendo esta especial relación obra-creador la que queda protegida con los llamados derechos morales.”⁵

⁴ Vid. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Estudio jurídico del plagio literario*, Comares, Granada, 2005, Págs. 23-27.

⁵ GONZÁLEZ GORDON, María, “Unida en la diversidad: Independencia, compatibilidad y acumulación de lo intelectual y lo industrial”, en IGLESIAS REBOLLO, César (coord.), *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005, Págs. 139 y 140. En sentido similar se expresa BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, Pág. 203 cuando al efecto establece lo siguiente: “...la obra intelectual, aunque susceptible de explotación económica, y como tal de derechos patrimoniales, se caracteriza también por la especial vinculación con la persona del autor. La obra es, de modo permanente, un elemento de la esfera personalísima del autor. Sobre ella siempre tendrá el autor – aunque transmita el total señorío económico de la obra- un conjunto de facultades que, por su estrecha relación con la protección de la propia persona, son de carácter personalísimo y, por tanto, están fuera

Por lo demás, cabe resaltar que el artículo 10 del TRLPI establece como presupuesto de protección de las creaciones intelectuales su “expresión” a través de cualquier medio o soporte, lo que implica, por lo tanto, que no serán objeto de protección las ideas que permanezcan en la mente de las personas. Prueba de lo anterior la encontramos en el artículo 2 del Reglamento de 1880 en el que ya se insistía en la necesidad de *concebir y realizar* alguna obra científica o literaria, o *crear y ejecutar* alguna obra artística para obtener la ulterior protección legal.⁶ Es decir, “se descarta expresamente la protección de pensamientos o concepciones de posibles realizaciones o creaciones.”⁷

Y es que, en definitiva, como bien lo expresa DE SANCTIS, la obra debe constituir un producto concreto, que pueda vivir con vida autónoma y sea idóneo para ser puesto al público y reproducido. El fervor del impulso y de la idea creativa deben concretarse en una forma de idónea expresión divulgativa.⁸ “Y será precisamente esa forma de expresión lo que goce de protección, ya que si bien las ideas en sí mismas consideradas no son de nadie, en el momento en que se hallan configuradas en un medio material son de quién las dice como nadie.”⁹

Por lo demás, la protección de los derechos de propiedad intelectual en su aspecto patrimonial y en parte de su aspecto moral tiene una duración limitada. El plazo de duración de los derechos patrimoniales sobre las obras se extiende, básicamente, por toda la vida del autor y un número determinado de años a partir de su muerte (*post*

del patrimonio y del comercio de los hombres, es decir, no son disponibles. Este conjunto de facultades es, pues, el que integra el llamado derecho moral del autor.”

⁶ Este Reglamento de 3 de septiembre de 1880, para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual, permanece vigente en los términos que establece el apartado 2.b. de la Disposición Derogatoria Única del TRLPI.

⁷ Vid. VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, Págs. 155 y 156.

⁸ DE SANCTIS, V., voz: “Autore (*diritto di*)”, en *Enc. Dir.*, T. IV, Giuffrè Editore, Varese, 1959, Págs. 383 y 384.

⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Tomo Tercero, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, Págs. 317-320.

mortem auctoris). Hasta el presente, la mayor parte de los países han adoptado el plazo general post mortem de cincuenta años,¹⁰ aunque un número considerable de estados han establecido plazos diferentes, ya sean menores¹¹ o mayores.¹² En las últimas décadas se ha acentuado la tendencia a favor de la ampliación de los plazos de protección, ya que se considera que la duración debe cubrir el ciclo de vida de las dos primeras generaciones descendientes del autor.¹³ Dado que, en términos generales, se ha prolongado el promedio de duración de la vida, de no extenderse la protección, nos encontraríamos con la más que probable situación de que parientes directos del autor quedaran excluidos de los beneficios económicos que reporte una determinada obra.

En España, la regla es bien clara: durarán toda la vida y setenta años tras la muerte o declaración de fallecimiento del autor¹⁴, contados desde el 1 de enero del año siguiente a dicha muerte o declaración de fallecimiento.¹⁵ Se trata de una regla general, aplicable a todo tipo de obras, incluidas las póstumas. En realidad, ello implica la existencia de plazos desiguales de protección, puesto que mientras más tiempo viva el autor, por más tiempo quedará protegida su obra. De esta manera, es un plazo completamente independiente del momento de la divulgación; y se ha tratado de justificar, tal y como

¹⁰ Como por ejemplo, Arabia Saudita, Argentina, Bangladesh, Barbados, Bolivia, Bulgaria, Camerún, Canadá, Congo, Costa Rica, Checoslovaquia, Chile, China, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estados Unidos de América, Filipinas, Gabón, Guatemala, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Japón, Lesotho, Líbano, Liechtenstein, Malasia, Malawi, Malí, Marruecos, Mauricio, México, Mónaco, Pakistán, Paraguay, Perú, Reino Unido, República Dominicana, Senegal, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía y Venezuela.

¹¹ Veinticinco años: Argelia, Cuba, Haití, Indonesia, Jamahiriya Árabe Libia, Kenia, Liberia y Malta. Treinta años: Jordania e Irán.

¹² Sesenta años: Brasil. Setenta años: Comunidad Económica Europea y Estados Unidos (para las obras en sentido general. Por su parte, las obras denominadas “corporate works” o “works made for hire”, en las que el empleador y no el empleado es el titular originario de los derechos, tienen una duración de 120 años desde la creación o 95 años desde la publicación, cualquiera que transcurra primero). Ochenta años: Colombia, Guinea y Panamá. Noventa y nueve años: Costa de Marfil.

¹³ Tal justificación se haya expresada en la exposición de motivos de la Directiva 93/98/CEE, y en el Convenio de Berna.

¹⁴ Véase el artículo 26 del TRLPI.

¹⁵ Véase en este sentido lo dispuesto en el artículo 30 del TRLPI.

decíamos anteriormente, como el intento de garantizar el disfrute de los derechos a las primeras dos generaciones descendientes del creador de la obra.

Cabe destacar que, como bien apunta BERCOVITZ, G., al tomarse como punto de referencia la muerte del autor, existen lógicamente dos supuestos respecto de los que la aplicación de la regla de base plantea importantes dificultades: a) las obras cuyo autor no conste (que, por consiguiente, no constará tampoco el momento de su muerte); y b) las obras cuya autoría se atribuye originariamente a una persona jurídica (que, evidentemente, no mueren). Por ello, el TRLPI ha debido prever reglas especiales para las obras anónimas, y para las obras colectivas. En ambos casos, el momento de referencia será el de divulgación,¹⁶ y los plazos se cuentan por años naturales desde el 1 de enero del año siguiente a la divulgación.¹⁷

Por otro lado, en el caso de las obras en colaboración, se establece también una regla especial, de modo que los derechos transferidos por los coautores se extinguen al mismo tiempo, aunque éstos fallezcan en momentos distintos. Así, según lo dispuesto en el artículo 28.1 del TRLPI se tomará como única referencia la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente. De esta manera, los herederos del resto de los coautores se benefician de un periodo de protección superior tras la muerte de su causante. No obstante, este beneficio no aplica a la explotación independiente de las aportaciones de cada uno de los coautores¹⁸ que, en todo caso, seguirán la regla general establecida en el artículo 26 del TRLPI.¹⁹

¹⁶ Véanse los artículos 27.1 y 28.2 del TRLPI.

¹⁷ Véase en este sentido lo dispuesto en el artículo 30 del TRLPI.

¹⁸ Véase en este sentido el artículo 7.3 del TRLPI.

¹⁹ A favor de esta postura se muestra BERCOVITZ, Germán, “Reglas especiales en función del tipo de obra o la forma de divulgación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Págs. 98 y 99.

1.1. Antecedentes

Según nos cuenta AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, por la década comprendida entre los años de 1420 y 1430, en los Países Bajos y Alemania, aparecieron los primeros balbuceos del libro impreso con grabados de relieve en planchas de madera. Era un sistema de xilografía, del que surgió la llamada *Biblia de los Pobres* que alcanzó una tirada de unos 250 ejemplares, los cuales se vendían en los pórticos de las iglesias y en los mercados de ferias. Más adelante, mediado el siglo XIV se dio a conocer en Maguncia un hombre llamado Juan Gensfleisch, más conocido por Gutenberg, quien consiguió llevar los caracteres de la escritura gótica y su alfabeto a tipos de letras movibles; después las colocaba en cajas siguiendo el orden del texto manuscrito para, finalmente, llegar a la impresión en páginas independientes que, luego eran unidas por pegamentos y cosidas para adquirir la categoría de libro. De esta manera nace la imprenta y sus primeros frutos, esto es, la Biblia de Gutenberg, impresa en Maguncia en el año 1456, y el *Catholicón* de Juan Balbí, también en Maguncia en el año de 1460. El libro adquiere entonces un verdadero valor económico ya que el nuevo sistema de reproducción hacía rápido el conseguir muchos ejemplares a ser difundidos entre los lectores ansiosos de cultura y sabiduría,²⁰ por lo que no tardaron en llegar las intervenciones de los gobiernos, tanto para permitir la divulgación con exigencia de previas licencias, como

²⁰ A este respecto, huelga destacar que la invención de la imprenta influyó bastante en todo el desarrollo de la propiedad intelectual y de la humanidad en sí misma, pero tal y como señala BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial (Propiedad industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1978, Pág. 123, “si la imprenta se hubiera inventado cinco siglos antes, no hubiera cambiado en nada la vida de la humanidad, ni se hubiera anticipado el reconocimiento del derecho de autor, si no hubiera logrado insuflar en la sociedad del siglo X ese ansia de saber, de intercambiar conocimientos, esa estimación de la cultura clásica que es lo que hubo de convertirla en invento revolucionario.” En este mismo sentido, BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, Págs. 75 y 76.

para el abono de alcabalas tributarias y de los salarios de administradores de la cosa pública en pago de las actuaciones de intervención y control.²¹

Así pues, vemos que la invención de la imprenta constituye el punto de partida para el nacimiento y ulterior desarrollo del derecho de autor,²² al permitir la reproducción de las obras, primero de las literarias, posteriormente las musicales (partituras) y las pictóricas (grabados). Llegados a este punto, los editores (impresores), tenían que defenderse de otros editores que podían poner a la venta una obra ya impresa antes por uno de ellos, por lo que terminaron solicitando la protección de sus intereses comerciales en la obtención de privilegios conferidos públicamente por el Estado.²³ Así, vemos que inicialmente la tutela se concedía a través de estos privilegios, previo control de la censura, que se otorgaban personalmente a los editores, y posteriormente, en el siglo XVIII a los autores.²⁴

De esta manera, la protección del aspecto patrimonial de las obras intelectuales, desde la invención de la imprenta hasta el momento en que triunfan las revoluciones burguesas, se desarrolla en dos etapas notoriamente diferenciadas: una primera, en la que se concedió protección a los impresores y no a los autores a través del llamado privilegio

²¹ Vid. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Estudio jurídico del plagio literario*, Comares, Granada, 2005, Págs. 6 y 7.

²² En efecto, la práctica totalidad de la doctrina entiende que la invención de la imprenta ha de ser considerada como el punto de partida para el desarrollo de toda la estructura de los derechos de autor. Así, en palabras de BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial (Propiedad industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1978, Pág. 135, la imprenta se convierte enseguida en un medio de difusión de ideas, pensamientos y obras literarias, y a partir de ahí lo valioso ya no va a ser el libro considerado físicamente como una pieza en que constan unos signos determinados, sino los pensamientos, las concepciones, las creaciones literarias, intelectuales, filosóficas o científicas que en dicho libro aparecen plasmadas.

Asimismo, según DANVILA Y COLLADO, M., *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, Pág. 44, “la invención de la imprenta ha producido para la propiedad intelectual, poco más o menos, los mismos efectos que la invención del arado produjo a la propiedad territorial.”

²³ Vid. PÉREZ CUESTA, E., “Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor”, RDP, abril de 1981, Pág. 333.

²⁴ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 45.

de impresión, que se concedía con el único fin de respaldar y proteger las importantes inversiones pecuniarias que éstos realizaban;²⁵ y una segunda, posterior en el tiempo, en la que se atribuye la titularidad del privilegio al autor.²⁶ No obstante, este reconocimiento del derecho de autor no surte efectos inmediatamente en la realidad; sino que fue objeto de una afanosa germinación, que no se materializó realmente hasta la revolución francesa.²⁷

Así las cosas, no es sino hasta el siglo XIX cuando se reconoce propiamente por los ordenamientos el derecho de autor. Es con la firma de la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y artísticas de 1886, cuando se le otorga definitivamente a la protección de la propiedad intelectual una importancia de alcance universal.²⁸ A partir de entonces, los derechos de propiedad intelectual han sido abordados, históricamente, en un marco de cooperación internacional mediante tratados y convenios, en miras a lograr una progresiva generación de conciencia, global y uniforme, respecto de la importancia de las obras intelectuales.

En lo que se refiere a este país, es preciso destacar que la primera norma española que contiene una regulación general de derecho de autor es la Ley de 10 de junio de 1847,

²⁵ Según señala BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, Pág. 74, “mediante la concesión del privilegio no se venía a reconocer un derecho preexistente, sino que se atribuía graciosamente una condición jurídica *ex novo*, sin antecedentes, que permitía el ejercicio de una determinada actividad económica. Así estos privilegios de regalía aseguraban a los impresores-libreros un monopolio de explotación, que les resguardaba de los inconvenientes que podía suponer la posibilidad de la competencia y les permitía una fácil recuperación de los gastos originados en la impresión de libros. De este juego indirecto de la protección otorgada al editor o impresor-librero, nació el derecho pecuniario de los autores, tutelado mediante la protección arbitrada a los intereses de sus editores.”

²⁶ Para mayor abundancia, resulta interesante la opinión de LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 25, quien a este respecto establece lo siguiente: “Es en esta época cuando surge una nueva categoría de profesionales, la de los impresores y libreros que para la mejor defensa de sus intereses se organizan bajo formas de tipo gremial. Esta organización aparece para garantizar la rentabilidad de la industria editorial en su conjunto, lo que favorece un derecho patrimonial a favor del autor producto de los vaivenes del mercado que ante un impulso en la demanda se genera una oferta que facilita la retribución del autor.”

²⁷ Vid. PLAZA PENADES, Javier, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Pág. 54.

²⁸ Vid. EMERY, Miguel A., *Propiedad Intelectual*, Astrea, Buenos Aires, 1999, Pág. 123 y siguientes.

en la que se reconocía el derecho de reproducción y modificación a escritores, compositores, traductores, escultores y pintores durante toda su vida más cincuenta años después de su muerte.²⁹ No obstante, la referida Ley establecía como requisito previo de protección el depósito de un ejemplar de la obra de que se tratase en la Biblioteca Nacional y otro en el Ministerio de Instrucción Pública.³⁰

La siguiente Ley española de propiedad intelectual data de 10 de enero de 1879, la cual, junto con su posterior Reglamento del año 1880, se mantuvo en vigencia en nuestro país hasta la entrada en vigor de la Ley 22/1987. Según apunta BERCOVITZ, R., la larga permanencia de dicha Ley en nuestro ordenamiento se debió al amplio reconocimiento de la propiedad intelectual que contenía, empezando por el concepto de obra del que partía, totalmente actual³¹ y terminando por la duración que concedía al derecho.³² Sus

²⁹ Ahora bien, es preciso destacar, igualmente, que con anterioridad a dicha Ley hubo en España ciertas disposiciones tendientes a regular en cierta forma esta materia que recién empezaba a surgir. Así, la primera norma relativa a la impresión de libros que aparece en España es la pragmática de los Reyes Católicos, dada en Toledo en 1480 (Ley Iª, tít. 15, lib. 8º de la Novísima Recopilación) que disponía que no se pagara derecho alguno por la introducción de libros extranjeros en los reinos españoles. Asimismo, con la pragmática de 1502 (Ley Iª, tít. 16, lib. 8º de la Novísima Recopilación) se trataba de controlar los precios y también todo lo referente a las obras apócrifas o supersticiosas. Más tarde, en el 1554 (Ley 2ª, tít. 16, lib. 8º de la Novísima Recopilación) Carlos I dicta las reglas que debían de observarse para imprimir nuevos libros ya que se habían impreso libros de muy poco provecho. Para mayor abundancia en estos aspectos véase ANSOARENA, Luis De, *Tratado de la Propiedad Intelectual en España*, Sáenz de Jubera Hermanos Editores, Madrid, 1894, Págs. 13 y siguientes. Véase asimismo, LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Págs. 27 a 30, quien resalta las diversas pragmáticas que se suceden, sobre sanciones sobre libros prohibidos por el Santo Oficio de la Inquisición (1558); sobre la prohibición de imprimir o introducir en el Reino, misales, diurnales, pontificales, breviarios, sin obtener licencia Real (1569), etc. El referido autor también hace referencia a los decretos de 10-6-1813 y de 4-1-1834 (Reglamento de imprentas) en los que se estableció la propiedad intelectual con carácter exclusivo durante la vida del autor, siendo transmisible a los herederos por término de 10 años.

³⁰ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 46. Por otra parte, GÓNGORA, Francisco, *Manual de la Propiedad Intelectual*, Madrid, 1926, Págs. 2 y 3 (Sección primera), apunta que otras disposiciones complementarias de la Ley de Propiedad Literaria de 1847 fueron: la Real Orden de 1º de julio de 1847; Real Orden de 6 de enero de 1849; Real Orden de 22 de marzo de 1849; Real Orden de 22 de marzo de 1850; Real Orden de 1 de abril de 1851; Real Orden de 31 de enero de 1853; Real Orden de 11 de octubre de 1853; Real Orden de 24 de marzo de 1866; Decreto de 4 de septiembre de 1869; y el artículo 52 de la Ley de 18 de junio de 1870, que prohibía a la mujer publicar escritos u obras científicas o literarias sin permiso de su marido.

³¹ El artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 hablaba de “obras literarias, científicas y artísticas, que puedan darse por cualquier medio”.

principales carencias radicaban en el desconocimiento del derecho moral del autor y en el requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual dentro de determinados plazos para el reconocimiento del derecho.³³

Luego, la Ley 22/1987 origina un nuevo periodo en cuanto a la ordenación, eficacia y comprensión de los derechos de autor en España. Era una Ley novedosa que ampliaba el concepto de obra incorporando, por ejemplo, a los programas de ordenador, abordaba de forma amplia cada uno de los derechos de explotación y reconocía nuevos derechos de propiedad intelectual. Asimismo, de conformidad con lo estipulado en el Convenio de Berna, prescindió del requisito de inscribir las obras en el Registro de la Propiedad Intelectual y contemplaba el derecho moral de los autores.

Posteriormente, las Leyes 16/1993, de 23 de diciembre,³⁴ 43/1994, de 30 de diciembre,³⁵ 27/1995, de 11 de octubre y 28/1995 de 11 de octubre,³⁶ transpusieron a nuestro Ordenamiento las Directivas 91/250/CEE, 92/100/CEE, 93/98/CEE y 93/83/CEE respectivamente. Y son luego estas cuatro Leyes las que quedan refundidas conjuntamente con la Ley 22/1987 en el Texto aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 actualmente vigente.

El referido Texto Refundido fue modificado en su momento por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos.³⁷ Asimismo, la Ley 1/2000, de 7 de

³² La Ley de 1879 concedía una protección que duraba la vida del autor más ochenta años luego de su fallecimiento. Disposición ésta que se mantiene vigente para las obras de autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/1987. Véase en este sentido la Disposición Transitoria 4ª del TRLPI.

³³ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Págs. 46-48.

³⁴ Boletín Oficial del Estado nº 307, de 24 de diciembre.

³⁵ Boletín Oficial del Estado nº 313, de 31 de diciembre.

³⁶ Estas dos últimas dos leyes fueron publicadas en el Boletín Oficial del Estado nº 245, de 13 de octubre.

³⁷ Boletín Oficial del Estado nº 57, de 7 de marzo.

enero, de Enjuiciamiento Civil³⁸ derogó el artículo 142 del TRLPI relativo al procedimiento en materia de medidas cautelares y modificó los artículos 25.20, 103, 143 y 150 del TRLPI.

De manera más reciente, el Boletín Oficial del Estado publicó dos leyes que aprueban modificaciones importantes al TRLPI. Se trata de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 6 de junio, y de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 8 de julio. Ambas leyes responden a transposiciones de dos directivas de la Unión Europea. La primera, la Directiva antipiratería, como suele denominarse con frecuencia, esto es, la Directiva 2004/48/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que tiene por objetivo aproximar las legislaciones de los Estados miembros sobre los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual, para garantizar un nivel de protección elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior. La segunda, la Directiva 2001/29/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), “con la que la Unión Europea, a su vez, ha querido cumplir los Tratados de la organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)³⁹ de 1996 sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o

³⁸ Boletín Oficial del Estado nº 7, de 8 de enero.

³⁹ Se trata de dos Tratados aprobados en 1996, uno sobre Derecho de Autor (TODA) y otro sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (TOIEF) que España aún no ha ratificado.

Ejecución de Fonogramas”.⁴⁰ Cabe resaltar que en algunos medios de comunicación se ha hablado de una *nueva* Ley de Propiedad Intelectual al referirse a la Ley 23/2006. Sin embargo, esta afirmación dista mucho de la realidad aunque ciertamente las modificaciones introducidas en el TRLPI son bastante importantes. Y es que la Directiva 2001/29, que da origen a la Ley 23/2006, se ocupa fundamentalmente de los derechos y de las excepciones a los mismos, de la tutela de las medidas tecnológicas utilizadas para proteger los derechos de propiedad intelectual y de la información para la gestión de dichos derechos, así como de las sanciones y vías de recurso. Ello determina modificaciones significativas en los respectivos preceptos del TRLPI, algunas de ellas totalmente novedosas; tal es el caso de las relacionadas con las medidas tecnológicas y con la información para la gestión, pero no puede hablarse de la creación de una nueva Ley.⁴¹

Por último, es preciso señalar que el TRLPI sufrió un último cambio en junio de 2007 al entrar en vigor la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas. En concreto, dicha Ley modificó los artículos 19, 37 y 132 del TRLPI, a la vez que añadió una nueva disposición transitoria a dicho texto. Evidentemente que la versión del TRLPI que manejaremos en este estudio no es otra que la vigente a la fecha de realización del mismo.

1.2. Extensión o alcance de la protección

Desde sus inicios, el estudio de la materia de propiedad intelectual ha mantenido de forma generalizada que el derecho de autor sólo protege la forma en que quedan

⁴⁰ Véase el Párrafo 2º de la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006.

⁴¹ En consonancia con esta idea, y para un estudio más detallado sobre estas dos Leyes que modifican el TRLPI, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (et. al.), *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

expresadas las creaciones y no las ideas contenidas en la obra. Así, ha quedado más o menos claro desde el principio que las ideas no son obras y, por lo tanto, su uso es libre y no se puede obtener sobre ellas propiedad alguna.⁴²

Así pues, según apunta LIPSZYC, el derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización. Es decir, el derecho de autor protege la expresión formal del desarrollo del pensamiento, otorgando al creador derechos exclusivos de carácter patrimonial y personal. Según la referida autora – y para la generalidad de la doctrina-, una misma idea o un mismo tema son retomados un sinnúmero de veces. En su desarrollo, cada autor deja la huella de su personalidad, su singularidad. Algunas veces el resultado será altamente enriquecedor, en otras, insustancial, *“pero lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo”*.⁴³ En otras palabras, a fin de asegurar una protección suficiente, pero no excesiva, y de implantar un equilibrio entre los derechos de autor y el interés general, la propiedad intelectual no concede una exclusividad sobre las ideas, las cuales deben ser aprovechables por todo el mundo; sino que hace es proteger la forma en que se exteriorizan dichas ideas. Sin embargo, es importante aclarar –y más aún para los fines del presente estudio-, que tal y como apunta RENGIFO GARCÍA, no se podría

⁴² De forma similar se expresa BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial (Propiedad industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal)*, Civitas, Madrid, 1978, Pág. 481, cuando al efecto viene a establecer lo siguiente: *“La obra intelectual es una realidad y no una pura idea, ni un contenido mental, ni una abstracción. La obra es siempre un hecho, algo que acaeció un cierto día, un quid irremediable. Pensar no es en sí mismo crear, sino realizar una función vital humana tan imprescindible como respirar o alimentarse. La creación espiritual requiere, pues, en mayor o menor medida, el contacto directo con unos materiales, con unos elementos sensibles que realizan una función instrumental y representativa indispensable.”*

⁴³ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 62.

sostener la inexistencia de violación del derecho de autor cuando, por ejemplo, un editor publica sin consentimiento del titular una traducción francesa de una obra española, con el argumento de que cada palabra está expresada en forma diferente, porque los derechos del titular se extienden y cubren todas las formas de adaptación y transformación de la obra original; ni tampoco cuando se realiza un musical tomando como base una obra literaria, por ejemplo. En consecuencia, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones realizadas sobre una obra de dominio privado requieren siempre autorización expresa del titular de la obra originaria, tal y como veremos más adelante.⁴⁴

Por otra parte, cabe señalar que el valor artístico de la obra no es un requisito para que la misma se beneficie de la protección que le confiere el derecho de autor. Se trata de una cuestión enteramente subjetiva, que varía en función de los gustos y cuya estimación corresponde al público en general, no al ordenamiento jurídico.⁴⁵ “Lo contrario podría dar lugar a toda clase de arbitrariedades, en particular en una materia que presenta numerosos ejemplos de grandes obras que en ocasión de ser representadas, ejecutadas o expuestas por primera vez, fueron abucheadas y que, con el correr de los años, lograron un reconocimiento y un prestigio notables, como ocurrió con *La Traviata* de Verdi, por ejemplo.”⁴⁶

⁴⁴ Vid. RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 95.

⁴⁵ En este sentido, resulta interesante la opinión de BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 116, cuando al abordar el supuesto específico del *minimal art* o *concept art*, establece que la protección de este tipo de obras alcanza sólo al objeto mismo sin abarcar las ideas que las mismas representan. Así, los artistas conceptuales dan preferencia al propio concepto, esto es, a la idea, que es precisamente lo que comunican. El elevado precio que se paga por ejemplo por las obras de Malevitsch (cuadro negro sobre fondo blanco...etc.), se paga porque su valor reside en el aura del objeto, en la autenticidad de la forma. En realidad, los cuadros de los pintores consagrados se convierten, con independencia de su mérito o calidad artística, en cuadros de marca y, precisamente por ello, son productos de marca con importante función de origen: la de su autor, así como una función distintiva, de garantía de autenticidad y publicitaria.

⁴⁶ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 67.

Asimismo, la obra se encuentra protegida independientemente de si la misma se destina o no a un fin cultural. Así las cosas, BERCOVITZ, R., declara que se protege la obra carente de utilidad práctica, la obra aplicada, la susceptible de una explotación industrial, la que carece de destinatario distinto de su propio autor (como un diario personal, por ejemplo), las que sólo tienen un destinatario (como sería una carta personal), y las de encargo.⁴⁷ Esta cuestión interesa particularmente en materia de obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria. El hecho de que una obra haya sido realizada con fines comerciales o industriales, no la despoja de la protección que le confiere la propiedad intelectual contra una explotación no autorizada. En especial, esta cuestión se ha planteado en relación con guías, catálogos, almanaques, anuarios, frases y eslóganes publicitarios, recopilaciones de recetas de cocina, prospectos, circulares comerciales y trabajos similares, que, como bien apunta LIPSZYC, pueden tener, indistintamente, fines culturales, científicos, comerciales o financieros. Lo mismo ocurre con los programas de ordenador que casi siempre tienen un fin utilitario.⁴⁸

De la misma manera, el TRLPI no supedita la protección de las obras del ingenio humano a su licitud.⁴⁹ Es decir, que con independencia de que determinada creación sea lícita o no, la misma será susceptible de protección a través de los derechos de autor, quedando restringida únicamente en lo relativo a su explotación. De esta manera, tal y como lo señala VALBUENA GUTIÉRREZ, la ilicitud en la que pueden incurrir las obras del ingenio, por ser contrarias a la Ley, la moral o el orden público, dará lugar, por lo general, a limitaciones o restricciones en el ejercicio de los derechos relativos a

⁴⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 61.

⁴⁸ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Págs. 67 y 68.

⁴⁹ Sin embargo, cabe destacar que el TRLPI establece una excepción al denegar de forma expresa la protección de los programas de ordenador creados con el fin de ocasionar efectos nocivos en un sistema informático (virus informático). Véase en este sentido el artículo 96.3 del TRLPI.

su concreta explotación. El referido autor indica, con razón, que así sucede, por ejemplo, con las obras derivadas o compuestas realizadas sin el consentimiento, cuando sea pertinente, del autor de la obra originaria objeto de transformación o incorporación;⁵⁰ las que constituyan apología del terrorismo;⁵¹ las que lesionen el derecho al honor, intimidad o imagen de terceras personas;⁵² las fotografías u obras pornográficas difundidas entre menores o incapaces;⁵³ o las creaciones publicitarias ilícitas.⁵⁴ En tales casos, por tanto, el creador intelectual puede verse impedido en la difusión o explotación de la obra por transgredir el ordenamiento jurídico, aunque, no obstante, su obra estará protegida frente a una explotación no autorizada.⁵⁵

Por otra parte, para la protección de una obra no es preciso que la misma esté acabada, siempre y cuando la parte ya realizada constituya en sí misma una creación original. De ahí que se protejan los borradores y proyectos.⁵⁶ El derecho de autor protege también, en su caso, partes concretas de una obra, como por ejemplo su título⁵⁷, siempre que el mismo sea original y sea separable del resto, como suele suceder en las obras complejas.⁵⁸

⁵⁰ Véanse los artículos 9 y 11 del TRLPI.

⁵¹ Véase el artículo 578 del Código Penal.

⁵² Véase el artículo 7 de 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 (Boletín Oficial del Estado número 115 de 14 de mayo de 1982) el cual recoge una lista enunciativa de las intromisiones ilegítimas en tales derechos.

⁵³ Véase en este sentido el artículo 186 del Código Penal.

⁵⁴ Véase el artículo 3 de la Ley 33/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁵⁵ Vid. VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, Pág. 373.

⁵⁶ En este sentido, el artículo 10.1, en su apartado e) considera como obras a “las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos...”. Asimismo, el apartado f) reconoce como obras a “los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.” Por lo demás, debemos recordar que el listado de obras comprendido en el artículo 10 del TRLPI no se trata de una lista cerrada, por lo que aún en el supuesto de que el borrador o proyecto de que se trate no pueda incluirse en ninguno de los apartados anteriormente citados, siempre que reúna el requisito ineludible de la originalidad, podrá considerarse como obra y ser susceptible de protección por el TRLPI.

⁵⁷ Véase en este sentido el artículo 10.2 del TRLPI.

⁵⁸ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 61.

Por lo demás, cabe recordar, asimismo, que no constituye requisito para la protección de la obra su divulgación o su publicación, o cualquier otro tipo de formalidad, como puede ser la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual o la utilización de símbolos o indicaciones de reserva de derechos.⁵⁹ No obstante, la observancia de tales formalidades puede redundar en una mayor seguridad a la hora de demostrar la titularidad de los derechos. Y es que, la inscripción de la obra o la utilización de símbolos, puede resultar muy útil para los fines antes indicados, pero, como ya se ha dicho, ello “*no tiene carácter constitutivo sino declarativo de derechos a favor de quien conste como autor de una determinada obra, ya que estos existen justo desde el momento de la creación de la misma, cabiendo, no obstante, la prueba en contrario.*”⁶⁰

1.3. Condiciones o requisitos de protección

El artículo 10 del TRLPI tutela mediante derechos de propiedad intelectual a todas aquellas *creaciones literarias, artísticas o científicas* que, además, sean originales y estén expresadas o exteriorizadas por cualquier medio o soporte. A continuación el referido artículo lleva a cabo una enumeración no exhaustiva que comprende una serie de conceptos muy reiterativos, tal y como sucede en la gran mayoría de las legislaciones de Latinoamérica. Así, “*expone una serie de supuestos legales que se inspiran en realidades concretas que en el devenir del tiempo han aparecido como expresiones particulares en los campos del arte.*”⁶¹ En definitiva, se trata de un listado meramente enunciativo que, aunado con lo establecido en el primer párrafo del indicado artículo 10,

⁵⁹ Véanse en este sentido los artículos 1, 4, 144, 145 y 146 del TRLPI.

⁶⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de marzo de 2001 [AC 2001/1543].

⁶¹ Vid. FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 116.

nos da pie para inferir que los requisitos necesarios para la protección de obras intelectuales sean los que a continuación se detallan:

a) **Creatividad:**

Según PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS, el fijar o valorar cuándo estamos en presencia de una verdadera actividad creadora es un factor clave, ya que la creación determina, a la vez, el nacimiento del objeto y la adquisición del derecho por el autor.⁶² A nuestro entender, entendemos correcto identificar como acto creativo, todo aquel capaz de “producir algo de la nada”,⁶³ lo que implica la “inexistencia de algo, al que el hombre va a dar forma externa mediante una actividad intelectual”.⁶⁴

De lo anterior se desprende que, como bien apunta RODRÍGUEZ TAPIA, el término *creación* hace alusión a la intervención humana, descartándose, por tanto, las creaciones espontáneas de la naturaleza, de una máquina fuera de control o de un animal que mancha con su pata un lienzo. Así lo afirma además, el artículo 5.1 del TRLPI cuando establece que se considera autor a la *persona natural que crea* alguna obra literaria, artística o científica. Cabe resaltar, sin embargo, que la voluntad de crear no significa necesidad de un *animus auctoris* ni una completa capacidad de entender y querer ni, mucho menos, ninguna capacidad de obrar. Así, por ejemplo, entendemos que no hay duda en la autoría de menores y de incapaces.⁶⁵

⁶² Vid. PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS, M., “Comentario a los artículos 428 y 429 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO, M., T. V., Vol. 2º, EDESA, Madrid, 1985, Pág. 747.

⁶³ Vid. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992.

⁶⁴ PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, Carmen, *Derecho de Autor: La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, 1993, Pág. 144.

⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 10”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 55. Parcialmente en contra se muestra MEDIANO CORTÉS, Santiago, Lecciones de cátedra impartidas en la

En definitiva, “el hecho de que la actividad deba poseer carácter creativo, supone que el autor deba desarrollar su idea, tomada de la realidad o de su imaginación, en el seno de su espíritu por medio de sus facultades creadoras y le dé cuerpo en una forma perceptible sensorialmente.”⁶⁶ Así, entendemos que debe considerarse como actividad creativa, aquella que dé como resultado a cualquiera de las obras a las que se refiere el artículo 10 del TRLPI. De la misma manera, debe considerarse como creativa a aquella actividad que resulte en una obra derivada del artículo 11 del TRLPI, como por ejemplo, las traducciones, las adaptaciones, los arreglos musicales, etc. Asimismo, como veremos más adelante, según lo dispuesto en el artículo 12 del TRLPI, las colecciones son también obras intelectuales, por lo que la selección y ordenación de sus elementos constituye igualmente una actividad de carácter creativo.

b) **Originalidad:**

Tal y como decíamos anteriormente, la creación de una obra se efectúa por una persona natural y esa creación ha de ser, necesariamente, original. Así pues, no sería exacto el afirmar pura y simplemente que el Derecho de Autor se ocupa de las creaciones artísticas. “Habría que matizar el anterior aserto con otro según el cual el objeto del Derecho de Autor son las *creaciones* de las que se pueda predicar su *originalidad*. En

1era. Edición del Master en Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III de Madrid, 2003-2004, quien entiende que, además de un *animus auctoris*, se requiere asimismo un *animus creandi*, o voluntad de crear. A una conclusión similar quizás podríamos arribar a partir de lo establecido por BERCOVITZ, Germán, “La protección del diseño tras la Directiva 98/71/CE”, Revista PE.I, Bercal, Madrid, mayo-agosto de 2000, Págs. 60 y 61, nota al pie 193, cuando comenta lo siguiente: “*En el caso J. & S. Davis (Holdings) Ltd. V. Wright Health Group Ltd. (1988) RPC 403, se negó la consideración como escultura (a un molde de escultura dental); y el tribunal lógicamente sólo pudo aferrarse a un argumento: no había sido realizado ‘con finalidad escultórica’. El resultado era objetivamente funcional y no artístico [...] Pero debido a circunstancias ajenas al objeto en sí mismo. El caso es objetivamente distinto (porque el valor, utilidad y finalidad del objeto es objetivamente distinto) si el molde dental lo realiza un dentista con finalidad terapéutica; o si lo realiza un escultor moderno.*”

⁶⁶ SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Págs. 93 y 94.

este sentido, son coherentes los artículos 1º y 10 del TRLPI al hablar, respectivamente, de que la protección jurídica aparece sin necesidad de registro alguno ‘por el solo hecho de su creación’, y de que son protegibles todas ‘las creaciones originales’. Se distingue de una forma lógica co-secuencial, entre creación y originalidad. El factor decisivo para que una creación sea protegible no es sólo su consideración como objeto creativo, esto es, como objeto nuevo o distinto, sino también y sobre todo su reconocimiento como obra creativa de carácter original.”⁶⁷

El concepto de originalidad ha sido objeto de varias interpretaciones en la doctrina jurídica. Algunos autores abordan el tema desde el punto de vista de la originalidad objetiva, que dependerá del mayor o menor grado de libertad creativa con el que cuente el autor.⁶⁸ Se trata de diferenciar una creación de las demás, sin ser necesaria una novedad absoluta, aunque sí lo suficiente para su protección y permitir su explotación.⁶⁹ Por otra parte también existe otra posición doctrinal en la que no se precisa que la obra sea objetivamente nueva, sino que es suficiente con que lo sea subjetivamente. Se explica en cuanto la creación tiene su origen en las personas y es reflejo y expresión de su ingenio e inventiva, no necesitando notas objetivas de originalidad.⁷⁰

⁶⁷ ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 57. En el mismo sentido, LÓPEZ QUIROGA, Julio, *La propiedad intelectual en España*, Madrid, 1918, Pág. 17 opina que “es necesario que la obra sea original, es decir, que las ideas, fondo de la misma y los elementos de expresión estén combinados con tal arte, que den a las obras personalidad propia y características que la diferencien de las demás.”

⁶⁸ Ciertamente, por fuerza, no puede tener el mismo grado de originalidad, por ejemplo, una obra derivada que una obra que no sea el resultado de la transformación de otra.

⁶⁹ Véase en este sentido la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 10” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 159 a 164.

⁷⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 10”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 55. A nuestro entender, no en mucho importa la forma en la que se manifieste objetivamente la obra, ya que el grado de originalidad será siempre apreciado de forma subjetiva por los distintos observadores. No obstante, esta distinción entre originalidad objetiva y subjetiva ha sido sostenida igualmente por la jurisprudencia. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 1992 [La Ley 12821/1992], en su Fundamento de Derecho Tercero sostiene lo siguiente: “... el requisito de originalidad; que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad

Por otra parte, la doctrina se ha encargado también de diferenciar, por un lado, el cierto grado de novedad que han de revestir las obras intelectuales y, por otro, el de la novedad que ha de presentar la propiedad industrial. En cuanto a esta última, tal y como señala GALÁN CORONA, ha de tratarse de una novedad que reúna caracteres convenientes para su aplicabilidad industrial, sobre la base de una nota de objetividad y superación del estado técnico en un momento determinado. En cambio, la originalidad del Derecho de Autor ha de presentar una nota subjetiva en cuanto que la obra ha de reflejar la personalidad del autor, su impronta personal sin necesidad de que se tenga que cumplir requisito alguno.⁷¹

La jurisprudencia parece compartir esta posición cuando establece que *“no es, pues, en la esfera del derecho de autor, la circunstancia de la novedad la que le otorga a la obra creada el carácter digno de protección (como ocurre en la parcela de la propiedad industrial), sino la nota de originalidad de la misma que, únicamente, concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite*

intelectual ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, de ahí que en el presente caso, al no estar debidamente acreditado quién sea el autor de las obras posteriormente reproducidas por C. C., S. A., no es posible determinar si el modelo reproducido es debido al esfuerzo creativo de aquél a quien se atribuye, pues las notas que según la actora (hecho segundo de la demanda) definen este estilo propio son un fino trabajo de joyería y las más depuradas técnicas de reproducción, junto con un especial acabado; no pueden estimarse características definitorias de la personalidad del autor, sino del trabajo de reproducción en serie de las piezas fabricadas por la actora. Tampoco desde el punto de vista objetivo que considera la originalidad; como novedad objetiva; puede afirmarse que nos encontremos ante una creación original, no ya sólo porque la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos y la cara, no constituye una novedad en el arte de la joyería, sino porque la gran simplicidad y reducido tamaño de las manos y figuras humanas incorporadas a collares, cadenas, pulseras y sortijas o formando piezas separadas, que limitan considerablemente la libertad del artista para su tratamiento, impide que la utilización en esa forma de tales motivos ornamentales, motivos que no pueden ser objeto de propiedad intelectual, pueda merecer la protección dispensada a las creaciones originales por la Ley de Propiedad Intelectual, so pena de llegar a establecer prácticamente un monopolio sobre la utilización de esos motivos decorativos a favor de quien obtuviese la repetida protección. Se impone, por tanto, la desestimación de este motivo consecuencia de la cual es también la del cuarto en que se denuncia infracción del artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual.”

⁷¹ Vid. GALÁN CORONA, Eduardo, “Comentario al artículo 3”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 57 y 58.

*considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el consumidor lo que, por un lado, ha de llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye una cierta apariencia de peculiaridad.”*⁷²

En este sentido, apunta ERDOZAIN LÓPEZ, que lo que ocurre es que en el ámbito del derecho de las invenciones, la novedad, como elemento estructural, no posee un valor absoluto o referido al momento mismo de la superación formal o invención, sino relativo, por referencia a la existencia o ausencia de un acto previo de explotación o de divulgación de la regla inventiva. Esto significa que, aunque efectivamente haya una superación formal, si ha habido algún tipo de uso, divulgación o explotación de la regla inventiva con carácter previo al inicio de los trámites del registro, a efectos legales, ya no habrá novedad.⁷³ Cosa que no sucede con la originalidad de las obras protegidas por el Derecho de Autor, ya que la originalidad *“se ha de predicar no sobre la idea plasmada, sino sobre la forma de expresión, de modo que aunque los conceptos recogidos en el diagrama litigioso puedan ser usuales y conocidos desde hace tiempo por hallarse incluidos en manuales y tratados sobre la disciplina de antigua publicación, ha de reconocerse la originalidad en la circunstancia de la plasmación singular de las ideas, expresando de forma sintetizada y esquemática dichos conceptos conocidos”*.⁷⁴

En definitiva, el requisito de la originalidad para la protección de las obras establecido en el TRLPI, no es un aspecto que se considere superado entre la doctrina, dentro de la cual aún no se ha podido llegar a un punto de coincidencia. Por ello, debemos conformarnos por entender que el ordenamiento jurídico protege toda creación

⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 10 de marzo de 2000 [AC2000\325].

⁷³ ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, Revista de Propiedad Intelectual, núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 64.

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de abril de 2000 [AC 2000/5018].

expresada en cualquier forma que surja del intelecto humano, siempre que no se trate de una obra igual a otra preexistente, porque no habría entonces creación alguna,⁷⁵ y cuya altura intelectual deberá analizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, ya que “*el catálogo legal encasilla supuestos de distintas magnitudes de obras a realizar*”.⁷⁶

Y es que el concepto de originalidad es connaturalmente relativo, y puede adoptar diferentes expresiones en función de una serie de criterios. “Casi podríamos mantener que cada criterio tendrá una validez determinada de acuerdo con el tipo de obra a que se pretenda aplicar. En cualquier caso, se trata de una decisión subjetiva del observador por referencia a la manifestación objetiva de la obra, a diferencia de lo que ocurre con las formas novedosas en el ámbito del Derecho Industrial de la invención, en el que el examen es objetivo y por referencia a un estado de conocimiento técnico previo.”⁷⁷

c) **Creaciones literarias, artísticas o científicas:**

La pertenencia de una obra a alguno de los géneros de la literatura, del arte o de la ciencia constituye o no uno de los supuestos de salvaguardia de la misma, ha sido un tema largamente debatido en la doctrina. En este sentido, la doctrina internacional más autorizada defiende una interpretación laxa de los conceptos literatura, arte y ciencias,

⁷⁵ Sobre este aspecto en particular, resulta interesante la opinión de LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 211 quien entiende que “*por la complejidad del mecanismo de creación, por las múltiples variantes que participan en la elaboración de la obra, puede introducirse una definición de carácter negativo y universal en relación con el plagio. Es original todo aquello que no es plagio. Afirmación que no puede invertirse, pues no toda falta de originalidad conduce necesariamente al plagio.*” A este respecto, respetamos la opinión del referido autor, pero diferimos con él en el sentido de que entendemos que no porque una determinada creación no haya sido copiada de una obra preexistente querrá decir que es original y, por ende, obra.

⁷⁶ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Págs. 121 y 122.

⁷⁷ ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 93 y 94.

de manera que la pertenencia a ellos de una obra concreta determine su circunscripción al ámbito de aplicación del Derecho de Autor.

Sin embargo, de conformidad con lo apuntado por SÁIZ GARCÍA, no creemos que ello sea razón suficiente como para instituir este requisito como presupuesto de tutelabilidad.⁷⁸ En efecto, a nuestro juicio y según lo manifiesta la referida autora, la pertenencia de una creación intelectual a uno o varios de estos tres géneros, es decir, la literatura, el arte o la ciencia, no es presupuesto de su tutelabilidad, si bien, dada la necesidad de una interpretación amplia de aquellos preceptos parece, no obstante, poco imaginable una creación que, de alguna manera, no sea subsumible en ellos.⁷⁹ En cualquier caso, sólo es posible afirmar que, ni toda obra subsumible en alguna de estas tres categorías constituye por este motivo una obra protegible por el Derecho de Autor, ni a ninguna creación intelectual, por el simple hecho de la dificultad que pudiera presentarse a la hora de darle acogida en alguna de aquellas, deberá negársele *ab initio* la protección. Es preferible que, ante semejante dificultad, siga flexibilizándose la interpretación de estos conceptos, de manera que toda expresión de la comunicación humana quede incluida dentro de ellos.⁸⁰ Con el examen minucioso de las

⁷⁸ Vid. SÁIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 73. En contra LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 219, quien sostiene que el concepto de obra debe quedar definido única y exclusivamente por su naturaleza, es decir, que atienda a una obra literaria, artística o científica y que reúna las características de originalidad con función expresiva y con aspiración a creación.

⁷⁹ Como apunte, resulta interesante señalar que para DANVILA Y COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, por obras científicas deben entenderse todas las manifestaciones del pensamiento humano que sean verdades evidentes y generales subordinadas a un mismo fin, acerca del cual se deduzcan consecuencias necesarias y ciertas, por medio de la observación, la razón y la experiencia. Por otro lado, por obras literarias se ha de entender que son aquellas que realizan o manifiestan esencial o accidentalmente la belleza por medio de la palabra o la escritura. Y por último, la obra artística será aquella que represente un esfuerzo de aspiración al bien por medio de la belleza perceptible a la vista o al oído.

⁸⁰ Esto es lo que se hizo cuando se planteó la protección autoral de los programas de ordenador, pues éstos quedan protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (Artículo 10 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio [ADPIC]).

características que presente la obra en cuestión habrá, por tanto, que decidir si, finalmente, ella es objeto protegido por el derecho de autor.⁸¹

d) **Creaciones expresadas por cualquier medio o soporte:**

“Para que nazca la propiedad intelectual es necesario que la obra tenga expresión concreta, manifestación suficiente, o sea, que la obra salga de la mente del autor a la luz por cualquier medio.”⁸²

Así pues, la creación original científica, artística o literaria debe expresarse por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Esta afirmación se corresponde con lo dispuesto en el artículo 10.1 del TRLPI, que lo indica antes de empezar a enumerar las obras que, de forma enunciativa, considera objeto de protección. Por tanto, como se viene indicando de forma reiterada a lo largo de este estudio, mientras la obra no sea exteriorizada en cualquier forma, no podrá acceder ésta a la protección autoral.

Según apunta, SAIZ GARCÍA, ese tránsito del interior del espíritu humano al mundo perceptible puede llevarse a cabo de muy diferentes maneras. Así, una obra puede exteriorizarse mediante la palabra –como los discursos-, bien a través de su misma forma –una estatua-, puede tomar cauce por el sonido –como la música- o la imagen –la fotografía o la obra cinematográfica- aún cuando su fijación no se recoja en un soporte que lo contenga de manera más o menos permanente –las emisiones en directo de obras televisivas-. Esta posibilidad queda reconocida por nuestro legislador en el artículo 10

⁸¹ Vid. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 73.

⁸² PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “Comentarios a los artículos 428 y 429 CC”, en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1995, Pág. 760.

del TRLPI desde que en él encuentran cita expresa tanto los discursos, como las alocuciones, conferencias y explicaciones de cátedra.⁸³

En consecuencia, con esta última afirmación, parece lógico que consideremos preceptivo, no tanto la fijación de la obra en un soporte material, sino que tal obra quede expresada de alguna manera que permita su percepción, ya sea directa – como, por ejemplo, una obra de teatro- o bien indirecta – a través de algún mecanismo técnico-.⁸⁴

Sin embargo, este requisito no debe ser confundido con su divulgación. No es necesario que la obra haya sido divulgada. La protección autoral no nace en el momento en que la obra ha sido captada efectivamente por los sentidos. “Dicho momento debe retrotraerse al instante mismo en que el resultado de la actividad creativa del autor se ha concretizado de tal manera, que deja de existir exclusivamente en el interior de su persona, deviniendo aquella perceptible por terceros sin que medie ulterior actividad de su autor. Por consiguiente, conviene no confundir los términos ‘percepción’ con ‘perceptibilidad’, pues sólo esta última basta para que el nacimiento del derecho de autor culmine.”⁸⁵

Por otro lado, carece también de importancia el hecho de que la obra permanezca o no en el mundo sensible. Que la obra quede fijada en un soporte que permita su percepción por terceros de forma duradera, no es un requisito de protección.⁸⁶ Así por ejemplo, las

⁸³ SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Págs. 157 y 158.

⁸⁴ Así lo apunta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 10” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 167.

⁸⁵ SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Págs. 158 y 159.

⁸⁶ En contra, y creyendo necesario el requisito de la fijación de la obra para que ésta acceda a la protección del Libro Primero del TRLPI, SUÁREZ LOZANO, C., *Aproximación al Derecho del Audiovisual*, EGEDA y Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1995, Pág. 24; y BALMASEDA ARIAS-DÁVILA, Enrique, “La obra audiovisual en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual”, en *Comentarios en torno al Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual*, AIC, nº 28, julio-septiembre, 1986, Pág. 79.

esculturas realizadas en chocolate, fruta, hielo o cualquier otro elemento similar reciben igualmente la protección del Libro I del TRLPI, siempre y cuando cumplan éstas con el requisito ineludible de la originalidad que exige el artículo 10.1 del TRLPI.

Ahora bien, lo que puede resultar complicado con relación a este tipo de obra es que si, además, no hubiera sido divulgada, será difícil demostrar su preexistencia y, por ende, que el autor de que se trate pueda reclamar exitosamente la protección de sus derechos sobre la misma.⁸⁷

1.4. *El derecho de autor como derecho de propiedad*

Según apunta PLAZA PENADES y como ya comentáramos anteriormente, con la Revolución Francesa, triunfó la teoría de que los derechos de autor debían de ser considerados como derechos de propiedad ordinaria y esto quedó plasmado en las leyes y textos de la época. Como se ha dicho, la consagración de esta fórmula de protección se debe, en esencia, al ambiente ideológico y filosófico del momento y al deseo de luchar contra la mal vista figura de los privilegios, a la que ya hemos hecho mención anteriormente. En este ambiente de ideas, y una vez derogados los privilegios feudales, se había proclamado que la propiedad era un derecho natural no sujeto a ninguna clase de limitaciones. Y todo esto, unido al deseo de favorecer al autor con la mayor de las protecciones posibles, así como a la maleabilidad del concepto de propiedad y su carácter arquetípico para significar cualquier índole de dominio sobre un bien, explican el que se considerase a los derechos de autor como una verdadera propiedad.⁸⁸

⁸⁷ En igual sentido se expresa SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 160.

⁸⁸ Vid. PLAZA PENADES, Javier, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Págs. 106-111. Y es que, cuando menos en principio, y en

En España, la concepción del derecho de autor como derecho de propiedad, aparecía ya en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 10 de junio de 1823 y se mantuvo en la Ley de propiedad literaria de 1847. De la misma manera, el legislador de 1879 optó por el paradigma de la propiedad, aunque, en realidad, dicha opción vino a hacerse plenamente explícita en el Código Civil, como evidencian sus artículos 428 y 429 y el lugar que ocupa la institución en la sistemática de dicho Código.⁸⁹

Ahora bien, con el tiempo, se fueron presentando ciertas críticas a la concepción del derecho de autor como derecho de propiedad ordinaria, dentro de las que BONDÍA ROMÁN señala las siguientes:

- a) Hay una plena identificación entre la propiedad ordinaria y la cosa sobre la que ésta recae; lo que no sucede en el derecho de los creadores, en el que justamente la primera dificultad técnica radica en determinar un objeto independiente y exterior.
- b) La propiedad intelectual aparece limitada temporalmente, mientras el dominio sobre los bienes materiales es perpetuo.
- c) La propiedad intelectual no es susceptible de posesión en el mismo sentido que las cosas materiales.
- d) El derecho de propiedad implica básicamente facultades de disfrute; la propiedad intelectual, destaca patentemente en la imposibilidad de impedir a

palabras de LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 36, la teoría del derecho de autor englobada dentro del concepto de propiedad ordinaria “*aparece como consecuencia lógica a un planteamiento simple que aparentemente no ofrece fallas: si aquello que produce el hombre le pertenece, y pertenencia indica dominio y señorío, por tanto, el fruto del pensamiento del hombre, al establecerse en un corpus mechanicum (propiedad) le pertenece (propietario).*”

⁸⁹ Vid. DELGADO PORRAS, Antonio, “Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual” en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Págs. 25-30.

otros una actividad determinada (sin perjuicio de que consista como todo derecho de propiedad en gozar y disponer).

- e) El derecho de propietario es, dentro del catálogo de derechos, el derecho individual máximo, mientras el de autor es un derecho limitado a determinadas facultades.⁹⁰

Así pues, dadas estas particularidades, la doctrina terminó por reconocer de forma más o menos unánime que el núcleo fundamental del derecho patrimonial del autor, lo ocupa su derecho de propiedad especial.⁹¹

“Y esto ha quedado reconocido en España tanto en la propia denominación de propiedad intelectual como en los artículos 428 y 429 del Código Civil, que siguen en vigor. Ciertamente es que los mencionados preceptos reenvían a la ley sobre propiedad intelectual vigente en cada momento para la regulación de la misma, pero reconocen que se trata de un derecho de propiedad, aunque especial en razón de su objeto,⁹² y que, como tal, atribuye a su titular el derecho de gozar y disponer de la obra sin más

⁹⁰ BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, Págs. 158 y 159. Consúltense igualmente en este sentido a BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial (Propiedad industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal)*, Civitas, Madrid, 1978, Págs. 409-416.

⁹¹ En contra, BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 1”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 18 y LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Derechos reales. Volumen primero, 3ª parte. Bienes Inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1989, Pág. 342, quienes sostienen que no estamos ante un derecho de propiedad, sino lo que se trata es de conceder al autor la protección más fuertemente organizada dentro del Derecho patrimonial, lo cual no impide que el poder jurídico sobre las creaciones intelectuales sea algo distinto y autónomo del dominio o derecho de propiedad.

⁹² En contra BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Propiedad privada y artículo 20.1.b) de la CE”, en V.V.A.A., *XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la constitución española*, Volumen I, Dirección general del servicio jurídico del Estado, Madrid, 1994, Pág. 652, quien sostiene que “la denominación de una figura jurídica no tiene por qué prejuzgar su naturaleza. El intérprete está, obviamente, vinculado por las disposiciones legales, pero no por las construcciones realizadas por el legislador, las cuales podrán ser sustituidas o reemplazadas por otras que se estimen más coherentes y correctas. En este sentido, no hay duda que, desde un punto de vista riguroso y puramente técnico resulta poco exacto calificar el derecho que corresponde al autor sobre su obra como propiedad, ni siquiera acudiendo al carácter flexible de la noción de dominio y a la tesis de la pluralidad de propiedades o de los estatutos de propiedad.”

limitaciones que las establecidas en las leyes,⁹³ lo que consiste en un derecho de exclusiva sobre la obra, siendo su titular el único que puede disfrutarla y explotarla. De manera que puede prohibir su utilización a cualquier sujeto y puede autorizarla a quien quiera y en los términos que quiera.”⁹⁴

Así, el propietario de una motocicleta, por ejemplo, puede disfrutar él mismo de ella o bien autorizar su uso a otros. El hecho de que la obra tenga una naturaleza inmaterial no impide que podamos aplicar la misma fórmula. Así queda reconocido en el artículo 17 del TRLPI, el cual atribuye al autor de una determinada obra el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación que recaen sobre ella y la necesidad de contar con su autorización para llevar a cabo tal explotación.

Ahora bien, mientras que el disfrute de la motocicleta, o de cualquier otro bien de naturaleza material, queda limitado a un número reducido de personas a la vez, por el contrario el disfrute de una obra, debido precisamente a su inmaterialidad, puede producirse al mismo tiempo por un número ilimitado de personas, quienes, además, pueden hallarse en lugares totalmente distantes territorialmente del lugar de creación, o de divulgación de la obra, o de actuación del titular de los derechos.

Esta característica, connatural de los bienes de naturaleza inmaterial, se ha visto acentuada, evidentemente, con el desarrollo de la llamada sociedad de la información y las nuevas tecnologías en el campo de las comunicaciones. “De ahí la enorme importancia que adquiere en el derecho de autor esa obligación pasiva universal de

⁹³ Véanse en este sentido los artículos 348 y 428 del Código Civil y 2 del TRLPI.

⁹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Págs. 22 y 23.

respetarlo que le corresponde como a todo derecho real y, concretamente, a todo derecho de propiedad.”⁹⁵

Por lo que respecta a la jurisprudencia, siempre se ha mostrado a favor de esta tesis de la propiedad especial,⁹⁶ aunque, “en algún caso y con el fin de subrayar la concurrencia en el instituto de elementos no exclusivamente patrimoniales, haya hecho gala de una particular insistencia en esa especialidad o en su no coincidencia absoluta con la propiedad común.”⁹⁷

1.5. Reconocimiento constitucional del derecho de autor

Como bien señala LUCAS, son pocos los países que garantizan directamente el derecho de autor en su Constitución. Es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos, Suecia y México. En este último país dicha inclusión confiere al derecho de autor el carácter de derecho fundamental. Por el contrario, el informe norteamericano indica que el copyright, a pesar de la existencia de una cláusula constitucional, no es un derecho fundamental en la medida que dicha cláusula permite, pero no impone, expresamente al Congreso reconocer esta protección. De modo más radical, en Canadá los tribunales han negado a los derechos económicos, entre los que se encuentra el derecho de propiedad,

⁹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Págs. 22 y 23.

⁹⁶ Véase en este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, núm. 2188/2006 (Sección 1ª), de 14 de noviembre de 2006 [JUR 2006\277389], “...siendo irrelevante que los adquirentes de las copias conociesen o no que se trataba de copias y no de originales, pues el bien jurídico protegido por el delito no es la libertad o el patrimonio de los consumidores, sino la propiedad intelectual de que gozan los autores y demás titulares de ese derecho de propiedad especial pero no por ello menos protegible que la propiedad sobre cosas materiales.”

⁹⁷ DELGADO PORRAS, Antonio, “Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual” en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Págs. 24 y 25.

cualquier tipo de protección constitucional.⁹⁸ En España, de un lado, y en atención a la consideración del derecho de autor como una propiedad especial, se puede defender que la protección constitucional del derecho de autor se ubica en el artículo 33 de la Constitución Española, según el cual “1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.* 2. *La función social de estos derechos delimitará el contenido, de acuerdo con las leyes*”.

Ahora bien, por otro lado, dentro del Título I, Capítulo II, Sección Primera de la Constitución se encuentra también el artículo 20.1.b), que por su redacción pudiera también referirse a la tutela del derecho de autor. El precepto en cuestión dice lo siguiente: “*se reconoce y protege el derecho a la creación y a la producción literaria, artística, científica y técnica*”. Según vemos, dos son las notas que, en primer lugar, destacan de este artículo: su ambigüedad y su novedad. En lo que concierne a la novedad de su regulación, podemos decir que es la primera vez que este derecho a la creación y producción recibe un trato específico y separado del derecho a la libertad de expresión en un texto constitucional español. Respecto de la segunda de las notas apuntadas, la ambigüedad, se manifiesta en la grave dificultad que supone el establecer una denominación clara, concisa y uniforme de este derecho.⁹⁹

Un número importante de los trabajos doctrinales que se preocupan por analizar cuál puede ser la protección constitucional del derecho de autor parten del estudio de la Sentencia de 9 de diciembre de 1985, sobre el conocido caso del escultor Pablo Serrano.¹⁰⁰ En ella el Tribunal Supremo dilucidaba el alcance del Art. 20.1.b) de la

⁹⁸ LUCAS, André, “Derecho de autor y libertad de expresión”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008, Pág. 61.

⁹⁹ Vid. PLAZA PENADES, Javier, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Págs. 183 y 184.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de diciembre de 1985, [RJ 1985\6320].

Constitución, en relación con el derecho de autor, debiendo pronunciarse sobre si el derecho de autor se había elevado o no al rango de derecho fundamental. Según dicha Sentencia en el artículo 20.1.b) no queda consagrado como fundamental el derecho de autor. Lo que sí consagraría como fundamental es un “derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas”. De modo que habría que entender que el derecho de autor quedaría fuera del precepto porque éste no protegería el resultado de la creación, y que, además, no podría hablarse de un derecho de la personalidad por no ser consustancial a la persona.

Frente a tal decisión, el magistrado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ expresó su desaprobación a tal postura, manteniendo en un voto particular que el citado precepto sí elevaba al rango de derecho fundamental “el núcleo esencial del derecho de autor a la protección de sus intereses morales y materiales”. En primer lugar, basaba tal postura en la propia redacción del precepto en cuestión que, al utilizar dos verbos distintos (reconocer y proteger), reconocía no sólo una libertad, sino que obligaba asimismo a los poderes públicos a “amparar, favorecer y defender la producción artística”. Por otra parte, tras analizar los trabajos parlamentarios, el referido magistrado concluye que la voluntad del constituyente era precisamente aquella. Y por último, entiende que lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de sus preceptos sobre derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos. A estos efectos, el artículo 27, párrafo segundo de la referida Declaración, establece que *“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 autora”*, por lo que termina por concluir estableciendo que con el artículo 20.1.b) de la Constitución se protege al derecho de autor, tanto

en su faceta patrimonial como en la moral.¹⁰¹ Ante tal perspectiva, la doctrina se polarizó, de manera que algunos han seguido el voto particular a la Sentencia,¹⁰² considerando incluido el derecho de autor, o al menos las facultades morales del mismo, en el artículo 20.1.b) de la Constitución, y, frente a ellos, otros niegan que este precepto consagre como derecho fundamental el derecho de autor.¹⁰³

Según apunta PLAZA PENADES, el punto de convergencia se encuentra en que todas las posturas doctrinales admiten que el derecho a la creación y producción intelectual consagrado en el artículo 20.1.b) CE tiene como presupuesto (y como contenido) “un derecho genérico e impersonal a crear y producir obras de carácter literario, artístico o científico”. Esta postura, comúnmente aceptada, podemos convenir en denominarla postura restrictiva o mínima. Por el contrario, el punto de divergencia estriba en determinar si el derecho a la creación y producción intelectual del artículo 20.1.b) de la Constitución, además de ese genérico derecho a crear y producir obras (postura restrictiva), incluye o no todos o algunos de los derechos de autor (postura amplia). El *quid* de la cuestión para optar por una u otra postura, amplia o estricta, consiste en dilucidar si, como sostiene el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1985, el artículo 20.1.b) eleva al rango constitucional únicamente “un derecho genérico e impersonal a crear y producir obras”, que no guarda relación alguna con el derecho de autor, puesto que el derecho del artículo 20.1.b) sólo existe mientras la obra está en fase de

¹⁰¹ De forma semejante lo explica DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, “Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor”, en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005, Págs. 30-33.

¹⁰² Como por ejemplo, OTERO LASTRES, J., “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978”, *La Ley*, 1986, Págs. 376 a 379, así como JUFRESA PALAU, F., “El fundamento constitucional del derecho de autor”, *La Ley*, 1988, Págs. 953 a 955 y BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Propiedad privada y artículo 20.1.b) de la CE”, en V.V.A.A., *XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la constitución española*, Volumen I, Dirección general del servicio jurídico del Estado, Madrid, 1994, Págs. 651 a 658.

¹⁰³ Véase en este sentido a RAMS ALBESA, J., “Comentario al artículo 14 de la LPI”, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Tomo V. Vol. 4º, Edersa, Madrid, 1994, Págs. 307 y 308.

elaboración, mientras que cuando la obra ya está terminada nace un derecho distinto, el derecho de autor, que se proyecta sobre un distinto titular (el autor), y tiene un objeto también distinto (la obra terminada). O si, por el contrario, el ámbito del derecho a la creación y producción intelectual se proyecta sobre la obra ya terminada, y en consecuencia, afecta a algunos derechos de la llamada propiedad intelectual que pertenecen de modo inherente a su autor.¹⁰⁴

Lo cierto es que el asunto no está zanjado a favor de una u otra postura, ya que ambas formas de pensamiento presentan argumentos lógicos para fortalecer sus teorías.

Por un lado, parece bastante razonable la posición de los doctrinarios que sostienen que el derecho a la creación y producción literaria, artística y científica del artículo 20.1.b) de la Constitución, junto al derecho genérico e impersonal al que se refiere el Tribunal Supremo en el Caso Serrano, también afecta a ciertos derechos derivados de las obras ya creadas, en concreto, a los llamados derechos morales. Y es que, según este sector, algunas de las manifestaciones de tales derechos guardan una estrecha relación con la libertad de creación literaria y artística. En particular el derecho moral de autor, contiene, entre otras facultades, la de decidir si su obra ha de ser o no divulgada, la de determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o anónimamente, exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra y exigir el respeto a la integridad de la obra impidiendo cualquier deformación, modificación o atentado contra la misma. De ahí, que esta parte de la doctrina entienda que el derecho moral debe formar parte del derecho a la creación y producción intelectual del artículo 20.1.b), quedando los distintos derechos patrimoniales ubicados en el artículo 33 de la Constitución, ya que éstos últimos son derechos de naturaleza puramente económica

¹⁰⁴ Vid. PLAZA PENADES, Javier, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Pág. 266.

que el autor puede ceder voluntariamente y a los que también voluntariamente puede renunciar.¹⁰⁵ Ahora bien, a pesar de que, como se ha dicho, estos argumentos se muestran bastante lógicos y defendibles, a nuestro juicio, si damos por válida esta postura, sería en cierta forma reconocer la teoría dualista del derecho de autor que entiende que del mismo surgen dos categorías de derechos diferentes (la moral y la patrimonial) postura que, como se verá más adelante, no compartimos.¹⁰⁶

Por otra parte, poderosos también son los argumentos de gran parte de la doctrina que no distingue entre derechos morales y de explotación a la hora de encajar a la propiedad intelectual dentro del artículo 20.1.b) de la Constitución.¹⁰⁷ Y es que, según esta

¹⁰⁵ Vid. PLAZA PENADES, Javier, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Pág. 270. De la misma manera, a favor de esta postura se muestra ESPÍN, Eduardo, “Lección 12: Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información” en LÓPEZ, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCÍA, Joaquín, PÉREZ, Pablo y SATRÚSTEGUI, Miguel, *Derecho Constitucional – Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, Pág. 304, cuando establece lo siguiente: “Conviene no confundir, sin embargo, el derecho a la creación artística y literaria y a la creación científica y técnica con los derechos de propiedad intelectual e industrial. Mientras aquellos son derechos de naturaleza constitucional que se completan básicamente con el propio acto de la creación y expresión sin trabas, los derechos de propiedad intelectual e industrial son derechos sobre la obra ya creada y de naturaleza distinta. Hay que matizar, sin embargo, que la actual legislación de propiedad intelectual, tanto en derecho comparado como en derecho español, reconoce lo que se ha denominado como ‘derecho moral de autor’, alguna de cuyas manifestaciones pudieran tener un engarce con la libertad de creación literaria y artística. En particular el derecho moral de autor, tal como queda definido en la Ley española actual, contiene, entre otras facetas, la de decidir si su obra ha de ser o no divulgada, la de determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o anónimamente, exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra y exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación o atentado contra la misma, teniendo en cuenta también, en su caso, los legítimos derechos del propietario actual de la obra. [...] Se trata sin embargo de una materia sobre la que todavía no existe apenas jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sí parece claro, sin embargo, lo señalado sobre la ausencia de rango constitucional de los derechos de propiedad intelectual e industrial en su contenido patrimonial tradicional. Su nivel de protección será, por consiguiente, el que establezca su regulación legal. Son, además, derechos de naturaleza preferentemente económica: comprenden el derecho de autor o inventor a obtener los beneficios que su creación pueda determinar dentro del marco establecido por las leyes y según los términos de la relación contractual privada en virtud de la cual se efectúa la actividad artística o científica y de acuerdo con lo que en ella se prevea sobre la explotación económica de dicha creación.”

¹⁰⁶ Vid. *Infra*. Capítulo I, Apartado 1.6. – Contenido de los derechos de autor. Pág. 57.

¹⁰⁷ A este respecto, existen también decisiones judiciales que parecen inclinarse por esta postura, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 234/1996, Sala de lo Civil, de 29 de marzo [RJ 1996\2371], que establece lo siguiente: “Es cierto que la Constitución reconoce y protege el derecho a la producción y creación artística en el art. 20.1, b) y que, para su desarrollo y adaptación a las tendencias predominantes en los países miembros de la Comunidad Europea, se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual de 11 noviembre 1987, correspondiendo tal propiedad al autor de la obra artística por el solo hecho de la creación (art. 1), expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible,

postura, si esta normal constitucional únicamente ha pretendido reconocer el derecho a la libertad de creación científica y artística, “*resultaría entonces absolutamente superfluo, pues tal libertad se encuentra en la entraña misma de la libre transmisión y recepción del pensamiento reconocida en los apartados a) y d) del mismo artículo. Poco sentido tendría concebir que el artículo 20.1.b) sólo dé contenido al genérico derecho de crear sin proteger la obra creada.*”¹⁰⁸ Ahora bien, esta postura, a pesar de ser la que más nos convence, también muestra sus inconvenientes, puesto que, si el legislador hubiera considerado al derecho de autor como un derecho fundamental, lo lógico sería que la Ley de Propiedad Intelectual tuviera el carácter de Ley Orgánica; carácter éste que, como sabemos, no tiene.¹⁰⁹

Así pues, vemos que se trata de un aspecto que no puede declararse como zanjado, pues las opiniones son diversas y apenas existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En definitiva, son cuestiones pertenecientes a la teoría general de los derechos morales

actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía -art. 10.1, h)- y correspondiéndole el derecho a exigir respeto a su integridad y los derechos de explotación (art. 14.4.º y 6.º, y art. 17); pero no lo es menos que tal libertad y derecho tienen su límite en el propio art. 20.4 de la Constitución, cuando dice: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y...», ocurriendo que en el art. 18.1 «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», desarrollándose su contenido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, porque, como se expresa en la Exposición de motivos, tienen tal rango de fundamentales, y hasta tal punto aparecen realizados en el texto constitucional que el ya citado art. 20.4 los pone como límite al ejercicio de otros derechos que también tienen el carácter de fundamentales, siendo estos otros derechos los que han de ceder en caso de colisión con aquéllos, como ya estableció esta Sala en SS. 9 mayo 1988 y 11 abril 1987...”

¹⁰⁸ BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Propiedad privada y artículo 20.1.b) de la CE”, en V.V.A.A., XV Jornadas de estudio: *El sistema económico en la constitución española*, Volumen I, Dirección general del servicio jurídico del Estado, Madrid, 1994, Pág. 657. En este mismo sentido, véase igualmente a RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, ADC, 1988.

¹⁰⁹ Según ciertos doctrinarios, este hecho no invalida la teoría expuesta y siempre queda la posibilidad, aunque remota, de que el Tribunal Constitucional, bien al conocer una cuestión de inconstitucionalidad o bien al resolver un recurso de amparo (artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), la declare inconstitucional. En este sentido, véase a BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Propiedad privada y artículo 20.1.b) de la CE”, en V.V.A.A., XV Jornadas de estudio: *El sistema económico en la constitución española*, Volumen I, Dirección general del servicio jurídico del Estado, Madrid, 1994, Págs. 656.

que han sido objeto de múltiples debates que no resulta procedente estudiar en profundidad en el marco de este estudio, por lo que, por el momento, sirva lo anterior como apunte ilustrativo.¹¹⁰

1.6. Contenido de los derechos de autor

Según LACRUZ MANTECÓN, una de las cosas que primeramente llaman la atención de quien se inicia en el estudio de la Propiedad Intelectual, o Derecho de Autor, es que, versando el objeto de esta especialización jurídica sobre algo tan inmaterial como el arte y la creación, venga trufada de normas que disciplinan intereses económicos. Esto se observa, *ab initio*, en la propia denominación de la disciplina, el espiritual Derecho de Autor frente a la patrimonial Propiedad Intelectual. Y es que, básicamente las normas de propiedad intelectual se proyectan en estos dos ámbitos: la autoría y la obtención de rendimientos económicos por la explotación de obras intelectuales. Para que la obra llegue al público siempre va a ser necesaria una actividad humana que pueda ser calificada de económica, en cuanto supone la utilización de medios para satisfacer necesidades humanas.¹¹¹

Y es que “la obra protegida por el derecho de autor es un bien de naturaleza particular: refleja del modo más intenso y perdurable la personalidad de su creador. El autor ‘vive’ y trasciende en su obra. Por eso, el derecho de autor no se agota en asegurar al creador la posibilidad de obtener beneficios económicos por la explotación de la obra, sino que

¹¹⁰ Para un estudio más profundo del tema, además de los autores citados en el presente apartado, véase también a OLLERO TASSARA, A., “Entre creación y propiedad. El problemático carácter de ‘fundamental’ de los derechos de autor” en V.V.A.A., *X Jornadas de estudio: Introducción a los derechos fundamentales*, Volumen I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, Págs. 543 a 572.

¹¹¹ LACRUZ MANTECÓN, Miguel, “Las máquinas de entretener, o cómo se hace el derecho de autor”, en IGLESIAS REBOLLO, César (coord.), *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005, Pág. 90.

a la vez protege sus relaciones intelectuales y personales con la obra y con su utilización. Esta es la razón por la que en la actualidad es un hecho generalmente aceptado en el orden nacional e internacional, que el derecho de autor tiene un doble cometido y, en consecuencia, también una doble estructura.”¹¹² Está integrado por facultades exclusivas que conforman el contenido de la materia: unas personales, el denominado derecho moral, que permiten la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, y otras económicas, que componen el llamado derecho patrimonial, que permiten que el autor efectúe la explotación económica de su obra.

Así, el artículo 2 del TRLPI define la propiedad intelectual,¹¹³ en atención a su contenido, como aquella que está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuye al autor la plena disposición y el derecho exclusivo de explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.¹¹⁴

A este respecto, se contemplan dos posturas distintas. La primera de ellas, la teoría dualista, sostiene que del derecho de autor surgen dos categorías de derechos diferentes (moral y patrimonial), que se complementan entre sí. La segunda, la teoría monista, es la que se viene acunando durante los últimos treinta años y entiende que la obra es, a la vez, un bien económicamente explotable y un producto del espíritu. Es decir, que el derecho de autor no son dos derechos distintos, sino un único derecho con facultades interdependientes relativas, por un lado, a la protección de la personalidad del autor y,

¹¹² DIETZ, Adolfo, *El derecho de autor en la Comunidad Europea*, edición española, Ministerio de Cultura, Madrid, 1983, Pág. 153.

¹¹³ Es preciso destacar que, aunque el artículo 2 del TRLPI habla textualmente de “propiedad intelectual”, se está refiriendo a los “derechos de autor” (Libro I TRLPI), ya que, en realidad, la propiedad intelectual en nuestro sistema está integrada por “los derechos de autor” propiamente dichos (Libro I TRLPI) y por otros derechos de propiedad intelectual, llamados derechos afines o vecinos al derecho de autor (Libro II TRLPI).

¹¹⁴ Esta definición supera la empleada por el Código Civil en su artículo 428, cuando dice que “el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad”, puesto que incluye también los derechos personales derivados de la obra.

por otro, a la explotación económica de la obra.¹¹⁵ Por nuestra parte, compartimos la opinión de LACRUZ BERDEJO cuando sostiene que ésta última postura es la que sirve de base a nuestra Ley. Y es que, según el referido autor, ciertamente la letra del artículo 2º del TRLPI podría encaminarnos a la explicación del doble derecho, que se correspondería con el hecho de la división del Capítulo III en dos secciones principales (una dedicada a los “derechos morales” y otra a los “derechos de explotación”); pero, tales supuestos derechos subjetivos se traducen en lo que en la terminología habitual llamamos “facultades”: posibilidades distintas de actuación que difícilmente pueden dejar de estar implicadas las unas en las otras.¹¹⁶ En todo caso, ambas posiciones son igualmente defendibles y al no ser éste el objeto principal de este estudio, en lo adelante, quedémonos con la idea de que una vez creada la obra, el autor quedará amparado por la Ley de manera que podrá proteger y controlar tanto los aspectos económicos, como los propios de su personalidad que quedan reflejados en su creación.

2. LOS DERECHOS MORALES

Los derechos morales del autor aparecen regulados en el artículo 14 del TRLPI. Se trata de derechos irrenunciables e inalienables que persiguen la protección de la persona del

¹¹⁵ También en la jurisprudencia se manejan estas dos posturas, como se puede ver a continuación. Por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio 1993 [RJ 1993\6164] sostiene que *“el llamado derecho de autor o de propiedad intelectual, ha de entenderse en una doble dimensión, pues aparte de esa consideración principalmente patrimonial de tal derecho, éste se considera por la moderna doctrina como de carácter incorporal y manifestación de la personalidad del respectivo autor, pues se trata de un goce distinto del que se tiene sobre las cosas puramente corporales.”* Y por otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000 [RJ 2000/6806], establece que *“el derecho de autor se integra, pues, por un contenido de carácter patrimonial y otro de carácter moral. Es decir, destaca una primera premisa: derecho de explotación no es lo mismo que derecho de propiedad intelectual, sino que es un derecho que forma parte de su contenido.”*

¹¹⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Comentario al artículo 2”, en RODRÍGUEZ BERCOVITZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 31. También partidario de la concepción de la propiedad intelectual como un derecho subjetivo único compuesto por varias facultades se muestra BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad intelectual: Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, Pág. 149, nota al pie número 19.

autor a través de su obra. Es decir, que siendo estos derechos indisponibles, es nulo todo pacto o contrato que suponga transmisión o renuncia de los mismos. En términos generales, pueden ser definidos como el conjunto de derechos inherentes a la persona del autor. La corriente dominante dentro de la doctrina considera que se trata de unos derechos de la personalidad o, al menos, participan de muchos de los caracteres tradicionalmente asignados a éstos.¹¹⁷ En definitiva, “son la máxima expresión de la soberanía del autor sobre su obra”,¹¹⁸ y tienen tal relevancia que como vimos anteriormente, se estiman conectados a los derechos fundamentales regulados en los artículos 20.1 y 33 de la Constitución.¹¹⁹

Es preciso destacar, sin embargo, que con anterioridad a la aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, el derecho moral no se reconocía de un modo expreso en España. No obstante, en la legislación precedente podemos encontrar ciertas manifestaciones de algunas de las facultades que conforman este derecho. Así, por ejemplo, se consideraban defraudadores de la propiedad intelectual a las personas, que, al ejecutar públicamente una obra dramática o musical, la anunciaran cambiando su título, o bien suprimieran, alteraran o adicionar algunos de sus pasajes, sin previo consentimiento del autor.¹²⁰ Igualmente, se establecía que en los carteles y programas de las funciones de representación de las obras dramáticas y musicales se anunciarían las obras con los nombres de los autores o traductores.¹²¹

¹¹⁷ No obstante, es conocida la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1992, que estima que el derecho moral no es un derecho que corresponda a la personalidad, ya que no es consustancial a la persona, teniendo en cuenta que no toda persona es autor.

¹¹⁸ SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000, Págs. 36 y 37.

¹¹⁹ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 1987 y del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985. Lo cual se ha venido reiterando en diversas sentencias como la de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de diciembre de 1998 [AC/1998/2364].

¹²⁰ Véase en este sentido lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de 1879 de Propiedad Intelectual.

¹²¹ Véase lo establecido en el artículo 86 del Reglamento de 1880.

Además, tal y como apunta CÁMARA, España había ratificado el Convenio de la Unión de Berna de 1886, cuyo artículo 6 bis 1, introducido con motivo de la revisión de Roma de 1928, supuso el reconocimiento a nivel internacional del derecho moral de autor, al incluir las facultades morales por excelencia: el derecho a la paternidad y el derecho a la integridad de la obra.¹²²

Así pues, según quedó evidenciado anteriormente, no es sino hasta la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 cuando se reconocen expresamente a los autores los derechos morales y de forma concreta los que se enumeran a continuación:

- 1º Decidir si su obra se divulga o no y en qué forma.
- 2º Determinar si tal divulgación ha de hacerse bajo su nombre, seudónimo, anónimo o signo.
- 3º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- 4º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
- 5º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y la protección de bienes de interés cultural.
- 6º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones morales o intelectuales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

¹²² CÁMARA, Pilar, “Contenido del derecho moral del autor” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 115.

7º Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que corresponda.¹²³

Como decíamos, el TRLPI proclama que estos derechos morales se caracterizan por ser inalienables e irrenunciables, expresión radical de la unión de la obra con el autor. De la misma forma, cabe destacar que los mismos son perpetuos e imprescriptibles.

“En lo que se refiere a la inalienabilidad, la misma se justifica por el hecho de que las facultades personales en que se concreta el derecho moral no pueden ser objeto de negocios jurídicos dispositivos. El artículo 14 del TRLPI es una clara norma tuitiva para los autores y de derecho público, la cual no puede ser omitida por los medios negociales de la autonomía privada.”¹²⁴

Por otra parte, en cuanto a la irrenunciabilidad, apunta DE ROMÁN PÉREZ que la misma no se circunscribe únicamente al campo de los derechos de la personalidad; por el contrario, se trata de una cualidad que también se reconoce a derechos o facultades patrimoniales en otros lugares del ordenamiento. Sucede, por ejemplo, con los derechos de los consumidores, a los que no pueden renunciar con carácter previo¹²⁵ y también con los beneficios que la Ley de Arrendamientos Urbanos concede a los arrendatarios.¹²⁶ Lo mismo ocurre a lo largo del TRLPI que declara irrenunciables una serie de facultades cuyo carácter es económico. Así, tienen esta característica el derecho

¹²³ Así lo establece el artículo 14 del TRLPI, el cual, en términos generales, guarda relación con las disposiciones siguientes: artículos 2.2, 15, 16, 78, 93, 113 y disposición transitoria 6ª del TRLPI; artículo 6 bis del Convenio de Berna; artículo 9º del Convenio de 14 de julio de 1967 que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; artículo 9º del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y Acuerdos Anejos (Anexo 1C: Acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio); y artículo 5º del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o Ejecución de Fonogramas.

¹²⁴ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, “Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor”, en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005, Págs. 39-40.

¹²⁵ Vid. Artículo 2.3 de la Ley 26/1989, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹²⁶ Véase el artículo 6 de la Ley 29/1994, de 29 de noviembre de Arrendamientos Urbanos.

de participación (artículo 24.3 del TRLPI), el derecho a remuneración por explotación económica de la obra (artículo 55 del TRLPI), o el derecho a remuneración por la comunicación pública o alquiler de obras audiovisuales y fonogramas (artículos 90.2 y 109.3.2º, 117 y 123 del TRLPI).

Así pues, vemos que la irrenunciabilidad puede estar basada en la protección de los derechos de la personalidad, pero también cabe que se atienda a otros motivos. En el caso de las facultades morales del autor, su razón de ser dependerá de cada una de ellas; puede servir para impedir que figure como creador quien no lo es, para evitar que terceras personas alteren o modifiquen la obra sin autorización del autor, etc.

Ahora bien, con independencia de cuál sea la razón inmediata, en última instancia la irrenunciabilidad de los derechos morales del autor se explica por ser éstos personalísimos; lo que, según la doctrina, significa que su ejercicio corresponde única y exclusivamente a su titular en cada caso, sin que pueda su ejercicio transmitirse o delegarse. Y esta es, además, el motivo por el que también se les considera inalienables.¹²⁷

Y es que, según RENGIFO GARCÍA, si la inalienabilidad protege al autor del riesgo de ceder una facultad personal, la irrenunciabilidad lo protege del riesgo de no poder ejercerla. La Ley, al no permitir la renuncia de los beneficios que otorga al autor, toma en consideración el hecho de que en determinadas circunstancias éste puede encontrarse en una posición desventajosa de negociación o puede ser impulsado a renunciar al ejercicio de sus derechos morales por una urgente y menesterosa retribución económica.

¹²⁷ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, “Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor”, en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005, Págs. 39 y 40.

La cláusula contractual contentiva de la renuncia de tales derechos está viciada de nulidad absoluta.¹²⁸

Asimismo, si bien es cierto que el artículo 14 del TRLPI no menciona esta característica, los derechos morales, por estar fuera del comercio y ubicados dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, son también, en su mayoría, imprescriptibles. Dicho esto, ya que de conformidad con el artículo 15 del TRLPI, tras el fallecimiento del autor sólo cabe el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 1º, 3º y 4º del artículo 14; esto es, el derecho de divulgación, el derecho a exigir el respeto a la paternidad de la obra y el derecho a la integridad. El resto de las facultades morales quedan extinguidas.

Así, el derecho de divulgación se podrá ejercer durante un plazo de setenta años a contar desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor. En cambio, el derecho a exigir el respeto a la condición de autor de la obra y el derecho a la integridad podrán ejercerse sin límite de tiempo.¹²⁹ No obstante, cabe destacar que la perpetuidad en la protección de tales derechos ha sido seriamente criticada por la doctrina. Sin duda, tras la muerte del autor, y a medida que va pasando el tiempo, se va apagando el vínculo personal que le une con su obra y comienza a adquirir relieve la protección del interés social en ella. Por eso, cuando han transcurrido, por ejemplo, doscientos años desde la muerte del autor, y, en consecuencia, habiendo entrado ya evidentemente la obra en el dominio público, no estaríamos hablando de la protección de la memoria del autor, sino de la

¹²⁸ Vid. RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 127.

¹²⁹ Así se deduce del artículo 41 del TRLPI, en cuya virtud, las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra en los términos previstos en los apartados 3º y 4º del artículo 14. A nivel internacional, con una fórmula de consenso, en el artículo 6 bis del Convenio de Berna se vino a establecer que los derechos a la paternidad y a la integridad se mantendrán después de la muerte del autor, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales.

salvaguardia de la obra como bien cultural. Entonces, como bien señala CÁMARA, quizás deberían ser otras las normas que entrasen en juego para garantizar la protección de la integridad y la paternidad de la obra, no las basadas en el derecho moral del autor.¹³⁰

2.1. *El derecho a decidir sobre el momento y forma de la divulgación*

*El TRLPI trata de proteger a los autores, a los que les asiste el derecho de decir su verdad artística y también el derecho de exteriorizarla y anunciarla a los demás.*¹³¹

Como hemos visto, esta actividad creadora está asistida de los necesarios derechos para su protección más adecuada; derechos unos de contenido patrimonial y otros, los más importantes, de orden personal y moral. Estos últimos vienen recogidos expresamente en el artículo 14 del TRLPI y entre ellos está el de decidir si la obra ha de ser divulgada o no y, en su caso, en qué forma.¹³²

La divulgación de una obra consiste, en palabras de nuestro legislador, en “toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma”. Si la divulgación se lleva a cabo mediante la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra en un número razonable, pasa a recibir la denominación más específica de “publicación”.¹³³ En definitiva, “la divulgación consiste en la decisión del autor de dar a conocer su obra. Se trata, por tanto, de un acto (el hecho en sí de la divulgación) y a la vez de un derecho. Este derecho, que viene recogido en el artículo 14.1 del TRLPI, tiene una doble dimensión:

¹³⁰ CÁMARA, Pilar, “La duración del derecho moral” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 125.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de junio de 1991.

¹³² En sentido similar se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de mayo de 2005.

¹³³ Ambas definiciones contenidas en el artículo 4 del TRLPI.

desde el plano positivo, gravita en el derecho exclusivo a decidir si la obra es o no divulgada y en qué forma; y desde el negativo, en oponerse a que otros la divulguen.”¹³⁴

En otras palabras, en virtud del artículo 14.1 el autor es quien decide si quiere o no dar a conocer su obra al público, pudiendo impedir o detener –desde el plano negativo- las actuaciones de quienes pretendan revelarla sin su autorización, o bien acudir –desde el plano afirmativo- a los terceros que considere a su propia discreción para que procedan, tras la firma de los contratos correspondientes, a explotar la obra en cuestión. En este último caso, dichos cesionarios de derechos de explotación, serían responsables contractualmente en caso de que no procedan a hacer accesible la obra al público en el plazo y los términos pactados.¹³⁵

Por otro lado, el derecho contemplado en el artículo 14.1º del TRLPI faculta al autor no sólo para elegir si quiere o no, y en su caso el momento en que desea, llevar a cabo la divulgación de su obra, sino que también lo faculta para elegir la manera que entienda más oportuna para hacerla llegar al público por primera vez. En relación a esto último, es preciso destacar que el derecho de divulgación queda extinguido una vez que el público haya tenido acceso a la obra en cualquier forma. Como bien apunta SÁNCHEZ ARISTI, no existe, pues, con base en el derecho de divulgación, la posibilidad de que el autor controle las sucesivas oportunidades en las que el público tenga acceso a su obra en una forma distinta. Semejante control se canalizará entonces, básicamente, a través del ejercicio de los derechos de explotación, los cuales de ordinario habrán sido objeto

¹³⁴ Vid. LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 158.

¹³⁵ En este sentido puede señalarse como ejemplo, en sede de contrato de edición, la obligación que tiene el editor en virtud del artículo 64.3 del TRLPI de distribuir la obra en el plazo y condiciones estipulados. Dicho plazo, según lo dispuesto en el artículo 60.6 no podrá exceder de dos años contados desde el momento en que el autor haya entregado al editor la obra en condiciones adecuadas para su reproducción. Asimismo, debe de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 71.2, 77.1, 75.2 y 78.2 del TRLPI, relativos a los plazos especificados para la explotación de obras cuando medie un contrato de edición musical o de representación teatral y ejecución musical.

de cesión a otros sujetos. Consecuentemente, cuando determinada forma de utilización ulterior de su obra, por la que ésta se haga accesible al público nuevamente, sea susceptible de ser autorizada individualizadamente por el autor, o por su editor, no da lugar desde luego a hacer valer el derecho de divulgación, sino el derecho de explotación que corresponda.¹³⁶

Ahora bien, “en el tiempo que media entre la decisión de divulgar y la efectiva divulgación, el autor puede dar marcha atrás en su decisión, es decir, puede contradecirse con lo previamente manifestado, pues el acto jurídico que implica la decisión de divulgar es revocable. Los cesionarios de los derechos de explotación deberán, obviamente, ser indemnizados por el autor, pero éste podrá imponer su voluntad de que la obra permanezca inédita. La existencia de un contrato antecedente no priva, pues, al autor de la posibilidad de última hora de revocar la decisión de divulgar implícita en el contrato de cesión de derechos de explotación.”¹³⁷

La facultad de decidir la divulgación presenta, por otra parte, lógicas especialidades cuando el autor sea sólo uno más de los sujetos que colaboran en la gestación de una obra compleja. En términos generales, y conforme al artículo 7.2 del TRLPI, se necesitará el consentimiento de todos los coautores.

Por lo demás, debemos señalar que el derecho de divulgación, como todo derecho subjetivo, puede ejercerse de forma abusiva. “Si el autor se ha comprometido a crear una obra y a entregarla al comitente, sólo podrá rechazar su entrega o realización argumentando razones morales, e indemnizando, claro está, al comitente. En cambio, si la razón de la ruptura del compromiso contractual se halla en que el autor ha celebrado

¹³⁶ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 85-88.

¹³⁷ BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 14” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 71.

con otro sujeto un contrato en condiciones económicas más ventajosas, el autor podrá verse obligado a entregar la obra, si es que ésta se encuentra ya terminada. Ahora bien, dado el carácter personal del encargo, será difícil forzar al autor a realizar la prestación contra su voluntad, ya que sólo el autor puede determinar, en principio, cuando está acabada la obra.”¹³⁸

Por último, destacar que de conformidad con el artículo 14.2 del TRLPI, el derecho del autor a la divulgación de la obra, comprende también la facultad de determinar si tal divulgación ha de realizarse bajo seudónimo, signo o de forma anónima. La elección de cualquiera de tales modalidades de divulgación le corresponde al autor por ser un derecho propio y personal. En el caso de que el autor decida divulgar la obra anónimamente, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 6.2 del TRLPI ya que según dicha norma el ejercicio de los derechos corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor. “Este artículo señala al final que esta situación implica permanencia mientras el autor no tome la determinación de revelar su identidad. Ello supone defender su derecho a elegir esta opción y la prohibición de atentar a este derecho moral.”¹³⁹

2.2. *El derecho a exigir el reconocimiento a su condición de autor*

Todo autor tiene el derecho a exigir que se reconozca su creación intelectual. Y es que, además del beneficio pecuniario que puede obtener de su obra, el autor goza de una serie de derechos morales dentro de los que se incluye el que se le atribuya su condición de autor. Se trata, básicamente, de que el autor pueda contar también con el honor y el

¹³⁸ CÁMARA, Pilar, “El derecho de divulgación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 117.

¹³⁹ Vid. FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Págs. 168 y 169.

reconocimiento que se merece y que el público pueda relacionar la obra creada con su personalidad.¹⁴⁰ Frecuentemente, este derecho se llama “derecho a la paternidad”, en clara referencia a la vinculación de parentesco y filiación que se da entre el ser humano y su creación.

Como bien apunta COLOMBET, se trata de un derecho que tiene un alcance universal: en las legislaciones que consagran el derecho moral en sus textos relativos al derecho de autor, aparece como constante el uso frecuente de la palabra “paternidad”.¹⁴¹ Las legislaciones emplean también otras expresiones, tales como “derecho al respeto al nombre”.¹⁴² En los países de tradición jurídica anglosajona, cuyas legislaciones no contienen una regla general sobre el derecho moral, se encuentra, a menudo, mencionada la obligación de que nadie puede atribuirse indebidamente la paternidad de una obra,¹⁴³ lo que permite demostrar claramente la existencia de un derecho al respeto al nombre.¹⁴⁴

¹⁴⁰ En sentido similar se expresa COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Págs. 49 y 50.

¹⁴¹ Pueden citarse como ejemplo en este sentido las legislaciones de Alemania, Austria, Canadá, Chile, Costa de Marfil, Cuba, Ecuador, Egipto, Guatemala, India, Irak, Islandia, Italia, Líbano, Libia, Luxemburgo, Marruecos, Noruega, Pakistán, Perú, Turquía, Uruguay, Venezuela y Zaire.

¹⁴² Por ejemplo Francia y las leyes que la han seguido.

¹⁴³ Australia, por ejemplo.

¹⁴⁴ Vid. COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Págs. 49 y 50. Por lo demás, esta afirmación queda igualmente evidenciada en lo establecido en un fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2000 [AC 2000/134] en contra de la editora y la distribuidora de unos calendarios en los que no se hacía mención de los autores de las fotografías que en ellos figuraban. Así, en el fundamento de derecho sexto de la indicada sentencia se venía a establecer lo siguiente: “*Resulta indudable que al obviar, tanto la editora de los calendarios como la distribuidora de los mismos, toda referencia al nombre u otras circunstancias (si por ellas hubiera sido conocido) de quien materializó las fotografías, vulneran este derecho que el texto legal reseñado le reconocía, sin que la adopción unilateral, tardía e incompleta del que las codemandadas califican como remedio (la colocación de una serie de etiquetas adhesivas en la parte posterior de los calendarios) pueda siquiera, desdibujar la realidad de la infracción, máxime cuando ha quedado acreditado (como pone de manifiesto acertadamente la Sentencia impugnada), que en muchos supuestos no se colocaron aquellas y, en otros, los empleados de las sucursales bancarias que los distribuyeron entregaban de manera separada la etiqueta al cliente para que él mismo la colocara sobre el calendario [...]*”

Así pues, la mención del nombre del autor, en la mayoría de las legislaciones del mundo, se concibe como un derecho, y no como una obligación. En efecto, tal y como veíamos en el apartado anterior, por motivos personales, un autor puede preferir no revelar su identidad; puede por lo tanto divulgar su obra haciendo uso de un seudónimo o bien optar por el anonimato. Este derecho, llamado de “simulación”, está reconocido expresamente por una gran diversidad de legislaciones¹⁴⁵, pero también está implícitamente admitido en todas partes.¹⁴⁶

A efectos de lo anterior, cabe destacar que, como bien señala BONDIA ROMÁN no se considera seudónimo a estos efectos el denominado seudónimo notorio, que es el nombre artístico o literario que no esconde la verdadera identidad del autor, pues esta es ampliamente conocida por el público. Tampoco se considera anónima la obra en cuya divulgación no aparecen los nombres de los autores en la portada o en el lugar usual (como por ejemplo en las obras colectivas, obras plásticas o de arquitectura). Lo que importa realmente es que se desconozca por el público la identidad real de los autores.¹⁴⁷

De esta manera vemos que, en definitiva, el derecho de paternidad se encuentra integrado por distintas posibilidades de actuación por parte del autor de la obra: “una primera consistente en identificarse como autor de la misma, lo que significa que podrá exigir el reconocimiento de su autoría frente a cualquiera que la desconozca o la niegue, y una segunda que le permite ocultar su identidad recurriendo al seudónimo o al

¹⁴⁵ Como por ejemplo; Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Francia, Hungría, Paraguay, Rusia y Yugoslavia.

¹⁴⁶ COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Pág. 50.

¹⁴⁷ BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 14”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 73.

anonimato, lo que, al igual que en el supuesto anterior, le permitirá actuar contra quienes desvelen su autoría.”¹⁴⁸

A lo largo del articulado del TRLPI nos encontramos con varias manifestaciones del derecho a la paternidad, tal y como lo hemos descrito. Es el caso de los artículos 6.2 y 27 del TRLPI, que, respectivamente, se ocupan de establecer a quién corresponde ejercer los derechos de autor de una obra divulgada de forma anónima, seudónima o bajo signo, y la duración y cómputo del plazo de protección de este tipo de obras. Asimismo, el artículo 64.1 obliga al editor a hacer constar en cada uno de los ejemplares de la obra, el nombre, firma o signo que identifique al autor.¹⁴⁹

Cabe destacar, sin embargo, que a pesar de que derecho de paternidad queda reconocido al autor como un derecho irrenunciable e inalienable, ello no es óbice para que éste autorice que su nombre sea omitido en atención a la forma de explotación de la misma o al tipo de obra elaborada. A este respecto, compartimos la opinión de PÉREZ DE CASTRO, quien sostiene que esto no se trataría tampoco de una renuncia, sino de que, a través de la forma de explotación o atendiendo al tipo de obra, se establezca convencionalmente la forma en que se ejercita ese derecho. De esta manera, la omisión del nombre del autor en un sello de correos, por ejemplo, no implicará lesión del derecho de autor si entre el cesionario y aquel se hubiese convenido hacer pública de otra forma su autoría. Asimismo, el silencio respecto a la autoría de los autores de un spot publicitario cuando se emite en un medio audiovisual no implica que tales autores

¹⁴⁸ PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Inédito y divulgación. Paternidad. Integridad de la obra. Obras Musicales, publicidad y derecho de los autores. Obras audiovisuales, cortes y páginas de crédito. El coloreado de películas en blanco y negro”, en *Entorno a los derechos morales de los creadores*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 51.

¹⁴⁹ Además de los artículos antes citados, CÁMARA, Pilar, “El derecho a la paternidad” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 118, también se refiere al artículo 78.2 del TRLPI como relativo al derecho moral a la paternidad en el sentido de que el mismo establece la obligación del cesionario de representar o ejecutar públicamente la obra en condiciones técnicas que no perjudiquen el derecho moral del autor.

renuncian a su paternidad, que la podrán hacer pública de la forma que estimen más conveniente, pero el tipo de obra de que se trata no les permitirá exigir títulos de crédito al finalizar el anuncio.¹⁵⁰

Por otra parte, es importante resaltar que este derecho a la paternidad tiene carácter perpetuo, pues se debe respetar incluso cuando se trate de obras que hayan caído en el dominio público. En este último caso, según lo dispuesto en el artículo 15 del TRLPI, a la muerte del autor, la persona natural o jurídica a quien éste se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad o, en su defecto, los herederos, podrán, sin límite de tiempo, exigir a los Tribunales el respeto a la paternidad de la obra. Asimismo, el artículo 41 del TRLPI viene a establecer que las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 14.

Ahora bien, cuestión distinta a este derecho de paternidad es el caso de que alguien atribuya a una persona la paternidad de una obra que no es suya. Como bien señala CAFFARENA LAPORTA, el TRLPI protege al autor respecto de las obras que él ha creado. Por eso, en el caso de que cualquier persona (sea o no autora de obras intelectuales) vea asociado su nombre a una obra que no ha creado, para impedirlo y reclamar la correspondiente indemnización no podrá acudir al artículo 14.3 del TRLPI, sino a la legislación protectora del derecho al nombre y, en su caso, del derecho al honor.¹⁵¹

¹⁵⁰ PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Inédito y divulgación. Paternidad. Integridad de la obra. Obras Musicales, publicidad y derecho de los autores. Obras audiovisuales, cortes y páginas de crédito. El coloreado de películas en blanco y negro”, en *Entorno a los derechos morales de los creadores*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 53.

¹⁵¹ Vid. CAFFARENA LAPORTA, Jorge, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por BERCOVITZ, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 1989, Pág. 275.

2.3. *El derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra*

La exigencia del respeto a la integridad de la obra se establece en el número 4 del artículo 14 del TRLPI, el cual constituye un claro reflejo del apartado 1 del artículo 6 bis del Convenio de Berna, y recoge un conjunto de actos atentatorios que han de implicar, además, un perjuicio a la obra, a los legítimos intereses o menoscabo a la reputación del autor.

Así las cosas, en principio, bien podría establecerse que, si se le reconoce al autor un derecho a la integridad sobre su obra, sólo a él le corresponderá realizar o autorizar las modificaciones que tenga por convenientes y que podrá impedir cualquier alteración que se lleve a efecto sobre la misma, aún en el supuesto de que la obra mejorara. En definitiva, él es autor de su obra tal y como la expresó.

Según apunta PÉREZ DE CASTRO, esta idea sería bastante cercana a la legislación francesa, en la que prima un criterio subjetivista del derecho a la integridad y, por ello, cualquier modificación sobre la obra debe ser consentida por el autor. Sin embargo, en línea con lo sostenido por la autora antes citada, no es éste el punto de partida del artículo 6 bis del Convenio de Berna ni del TRLPI. En el referido Convenio se le reconoce al autor el derecho de “oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”. Ello pone de manifiesto que no cualquier modificación de la obra conlleva a un atentado al derecho a la integridad, sino que se requiere que de ello se deriven las consecuencias establecidas en el citado precepto. Es decir, que según el Convenio de Berna, al igual que en el artículo 14.4 del TRLPI, no basta para que se lesione el derecho a la integridad con que se lleven a cabo modificaciones en la obra,

sino que tales cambios han de dar lugar a un perjuicio de los legítimos intereses del autor o menoscabar su reputación.¹⁵²

El fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de marzo de 2004, viene a corroborar todo lo anteriormente descrito. En este sentido la referida sentencia indica lo siguiente: “...para que se entienda violentado el derecho de autor al respeto de la integridad de su obra, tanto si consiste en un ejemplar único, como si es repetible, resulta necesario, por imponerlo el artículo 14.4 de LPI, que amplía la previsión contenida en el artículo 6 bis. 1 del Convenio de Berna (al que siguió, debe añadirse, el artículo 20 de la Ley de la Propiedad Intelectual italiana, pues ambas normas establecen como límites el atentado al honor y a la reputación de su autor), que la deformación, la modificación o la alteración suponga un perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabe su reputación. La modificación, alteración o deformación no sólo puede ser material sino que también puede resultar de aquellos cambios que, sin suponer una alteración material, representen una mutación en el sentido de la obra.

...a diferencia de lo que sucede con la violación del derecho patrimonial a la transformación, para que se produzca la de este derecho moral no es preciso que el resultado de la deformación, modificación o alteración sea una obra nueva. Sin embargo, es necesario que se produzca con ella la lesión de los legítimos intereses o reputación del autor. Por ello, siendo diferentes los bienes (jurídicos) protegidos en los artículos 14.1 y 21 LPI, no resulta contradictorio negar la lesión del derecho patrimonial por falta de prueba de la creación de la obra diferente y afirmar la del

¹⁵² Vid. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Inédito y divulgación. Paternidad. Integridad de la obra. Obras Musicales, publicidad y derecho de los autores. Obras audiovisuales, cortes y páginas de crédito. El coloreado de películas en blanco y negro”, en *Entorno a los derechos morales de los creadores*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 55.

derecho moral, con tal de que se demuestre la realidad de la deformación, modificación o alteración y la lesión de los bienes a que se refiere la norma. Éstos, a diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno, revisten un carácter personal dado que el precepto hace exclusiva referencia a sus legítimos intereses y a su reputación. En este sentido se adopta un criterio no amplio sino más bien delimitado. Un primer ámbito de delimitación de lo que debe entenderse por legítimos intereses del autor a los efectos del artículo 14.4 LPI estriba en remarcar que aquellos son, en todo caso, de naturaleza personal o moral y no económicos o patrimoniales. El segundo ámbito estaría delimitado por considerar que, dado que lo que la norma persigue es tutelar el legítimo interés del autor en mantener la peculiaridad creativa y la integridad de su obra, la infracción de ella se producirá cuando la alteración o modificación afecte al contenido esencial. Éste, a su vez, estará determinado por aquellos elementos que la caracterizan y la dotan de individualidad por lo que su modificación alteración o deformación cambiaría la concepción artística de la obra protegida. En este sentido se han pronunciado las STSS de 22 de abril y 15 de diciembre de 1998. En las presentes actuaciones, el simple cambio de ritmo (en este caso, de una aceleración del mismo) no merece la consideración de alteración o modificación causante ni de perjuicio a los intereses de los autores ni supone tampoco un deterioro de la obra pues no afecta a lo esencial en los términos que se han acabado de exponer ni resulta, con ello, un ataque o un efecto negativo a la reputación de los creadores de Guitar Spell en los círculos interesados.”¹⁵³

Así pues, y en consonancia con lo anterior, cabe resaltar que el supuesto legal de la transformación que establece el artículo 21 del TRLPI cobra especial interés en su

¹⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 5 de marzo de 2004 [AC 2004/479].

relación con el enunciado 4º del artículo 14, ya que forzosamente implica una modificación de la obra. Según señala CAFFARENA LAPORTA, el ejercicio del derecho de transformación lleva implícito la autorización al transformador para que lleve a cabo las modificaciones exigidas de acuerdo con el tipo de transformación de que se trate. Pero ello no significa que el transformador pueda realizar todas las modificaciones que desee sin límite alguno, pues el carácter indisponible del derecho considerado lo impediría.¹⁵⁴ En cualquier caso, “si el resultado de la transformación supone un perjuicio a sus intereses el autor podrá impedir su difusión. Incluso la explotación de la obra en una forma distinta o en condiciones diferentes a la autorizada puede suponer, al margen de las consecuencias que se deriven del incumplimiento contractual, una infracción del derecho a la integridad si con ello se desnaturaliza la obra perjudicándose los intereses del autor.”¹⁵⁵

2.4. El derecho de modificación

La facultad de modificar la obra que le confiere el artículo 14.5 del TRLPI al autor debe interpretarse como una forma más de respetar su personalidad. De esta manera, “si la obra, de acuerdo con una postura *iusnaturalista*, es un reflejo de la personalidad intelectual del creador, la ley toma en la cuenta que ella puede evolucionar y por lo tanto faculta al autor para que, en cualquier momento, realice modificaciones sobre su obra.”¹⁵⁶ En este sentido, el referido artículo 14.5 del TRLPI no establece requisito

¹⁵⁴ Vid. CAFFARENA LAPORTA, Jorge, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por BERCOVITZ, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 1989, Pág. 275.

¹⁵⁵ BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 14”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 77.

¹⁵⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 140.

alguno para el ejercicio del derecho a la modificación de la obra. Sin embargo, esta facultad sí encuentra como límites:

- (i) el respeto a los derechos adquiridos por terceros; y
- (ii) el respeto a las exigencias de protección de bienes de interés cultural.¹⁵⁷

En cuanto al primero de estos límites, cabe destacar que, según señala BONDÍA ROMÁN, los derechos que los terceros puedan tener sobre la obra, y que hay que respetar, son tanto los derechos de explotación de un cesionario como el derecho de propiedad sobre el ejemplar único de una obra plástica o fotográfica. Por lo que respecta al propietario del original, existe prácticamente unanimidad doctrinal sobre la imposibilidad del artista o autor de las citadas obras de poder modificarlas, salvo que se lo autorice el propietario del soporte. Por tanto, el derecho de modificación no es aplicable al artista plástico que ha enajenado el soporte.¹⁵⁸

En cuanto al límite exigido por la protección a los bienes de interés cultural que se refiere a las normas sobre Patrimonio Histórico Artístico, sólo cabe destacar que dicha limitación plantea un supuesto un tanto difícil de ocurrir, y es que resultaría muy raro que la obra de un autor vivo integre el Patrimonio Histórico Artístico.¹⁵⁹

Por lo demás, debe diferenciarse la modificación de la transformación de la obra, objeto del derecho de explotación, contemplado en el artículo 21 del TRLPI y que estudiaremos a profundidad a partir del segundo capítulo de este estudio. Cuando se

¹⁵⁷ Los bienes de interés cultural están regulados en los artículos 9 y 14 de la Ley 16/1985, de 24 de junio (Boletín Oficial del Estado de 28 de junio), de Patrimonio Histórico Artístico, y en los artículos 21 a 23 del Decreto 111/1986, de 10 de enero (Boletín Oficial del Estado de 27 y 28 de enero). Véase igualmente, la Convención de París de 17 de noviembre de 1970, sobre bienes culturales, ratificada por España el 13 de diciembre de 1985 (Boletín Oficial del Estado de 5 de febrero de 1986).

¹⁵⁸ BONDÍA ROMÁN, Fernando, "Comentario al artículo 14", en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 79.

¹⁵⁹ En este sentido, véase el artículo 9.4 de la Ley 16/1985, de 24 de junio (Boletín Oficial del Estado de 28 de junio), de Patrimonio Histórico Artístico.

ejercita el derecho de transformación el resultado es siempre la obtención de una obra derivada que surge a partir de una obra preexistente objeto de la transformación. Si por el contrario el autor ejercita el derecho de modificación, sucederá simplemente que su obra dejará de existir según su forma primigenia para pasar a hacerlo de conformidad con la nueva disposición que el autor estime conveniente. La modificación determina, pues, una *sustitución* de la obra; es decir, estaríamos ante la misma obra, pero vista desde una nueva configuración. En cambio, la transformación, propicia la coexistencia de dos obras distintas: la preexistente y su derivada.¹⁶⁰

Ahora bien, la plena efectividad del ejercicio de la facultad de modificación, sólo se dará de forma efectiva en los casos en los que la obra objeto de modificación no se haya hecho accesible al público a través de la puesta a su disposición de ejemplares de la misma.¹⁶¹ Según señala SÁNCHEZ ARISTI, fuera de estos casos, ciertamente anómalos, el interés moral del autor en que el público acceda a su obra única y exclusivamente como ésta ha resultado tras la modificación, le obligará a acudir a buen seguro a la facultad de retirada de la obra del comercio. De lo contrario, en opinión del referido autor, por más que el autor pueda concertar con su editor que, en adelante, éste pase a publicarla con una forma modificada, no podrá evitar que la obra en su versión anterior continúe siendo explotada.¹⁶²

¹⁶⁰ En sentido similar se expresa LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 164 (nota al pie núm. 318), cuando a estos efectos establece lo siguiente: “Los intentos de equiparar modificación con transformación, están condenados al fracaso, pues la modificación de que habla el artículo 21.1 en referencia a la transformación debe derivar en una obra diferente, no en la misma modificada o alterada, hasta el punto de que el apartado 2º establece que la obra resultante genera derechos a favor del autor de la transformación, y ello sólo puede ser así porque la nueva obra es de algún modo creativa.”

¹⁶¹ Como por ejemplo, cuando el autor se haya limitado a enajenar el original de una obra de las artes plásticas, sin autorizar al mismo tiempo su reproducción; o cuando una obra musical no fijada en un soporte tangible haya sido únicamente ejecutada en público, sin que tampoco dicha ejecución se haya registrado en soporte sonoro o audiovisual.

¹⁶² Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 98 y 99.

2.5. *El derecho de retirar la obra del comercio*

El artículo 14.6 del TRLPI reconoce al autor el derecho moral de “retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación”, aunque “si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.”

A este respecto, como bien señala BONDÍA ROMÁN, cierto sector doctrinal sostiene que este derecho supone una derogación de la fuerza obligatoria de los contratos que ocasiona una serie de daños y perjuicios al tercero que lleva a cabo la explotación de la obra con quien contractualmente había quedado vinculado el autor. Sin embargo, el referido autor, cuya opinión compartimos, mantiene que más que una derogación de la fuerza obligatoria de los contratos hay un simple incumplimiento contractual que tiene como consecuencia la aplicación del artículo 1.101 del Código Civil, el cual establece que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y *los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas*”. En este caso, no estaríamos ante ningún tipo de dolo, negligencia o morosidad, sino que el incumplimiento de la obligación tiene como causa el arrepentimiento del autor por cambio de sus convicciones intelectuales o morales.¹⁶³

Por otra parte, esta facultad, a la que también suele aludirse como “derecho de arrepentimiento”, es una de las que sin duda más secuelas puede desatar con relación a los derechos patrimoniales de autor, dado que encierra de forma radical la posibilidad de

¹⁶³ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad intelectual: Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, Págs. 211 y 212.

que el autor se retracte, de forma que se paralice todo el proceso de explotación de la obra, y que la misma quede nuevamente en su esfera personal. De ahí que, como hemos visto, el propio artículo 14.6 del TRLPI establezca ciertos límites a su ejercicio. En concreto, el autor sólo puede ejercer este derecho cuando su decisión atienda a un cambio de convicciones morales o intelectuales, y previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación, los cuales además gozarán de preferencia en el caso de que el autor decida reemprender la explotación de la obra. Dicha preferencia operará, por cierto, “tanto si el autor decide reemprender la explotación de la obra en su configuración originaria, como si lo hace después de haberla sometido a modificaciones, lo cual será lo más probable.”¹⁶⁴

Por lo demás, según apunta MARÍN LÓPEZ, se trata de un derecho que no está reconocido en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y del que podría prescindirse sin grave riesgo para la protección de los intereses del autor. De hecho, son extraordinariamente infrecuentes los supuestos de ejercicio de este derecho, lo que revela la escasa utilidad que proporciona a su autor.¹⁶⁵

2.6. *El derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra*

Finalmente, dentro de los derechos morales, el autor tiene derecho a acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se encuentre en poder de otro, para ejercer el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Así se establece en el inciso primero del artículo 14.7 del TRLPI.

¹⁶⁴ Vid. SANCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 99 y 100.

¹⁶⁵ MARÍN LÓPEZ, Juan José, *El conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, Pág. 213.

Se trata de un derecho instrumental, que sirve al autor tanto para ejercer las facultades morales, como cualquiera de las facultades patrimoniales. De ahí que la doctrina haya criticado seriamente su inclusión dentro de las facultades morales del autor.¹⁶⁶ De hecho, ello constituye una particularidad del ordenamiento español.¹⁶⁷ Al parecer, el derecho reconocido en el artículo 14.7 del TRLPI va dirigido, por oposición al anterior derecho moral comentado, a reavivar la explotación de una obra cuya presencia en el mercado ha menguado considerablemente (ejemplar raro) o prácticamente nunca existió (ejemplar único).

De esta manera, parece obvio que esta norma tiene su ámbito de aplicación más indiscutible en el ámbito de las obras plásticas,¹⁶⁸ aunque, según señala SÁNCHEZ ARISTI, resulta también imaginable que un compositor musical necesite acceder al único o uno de los pocos ejemplares de su obra que estén disponibles, a fin de ejercitar sus derechos de propiedad intelectual sobre la misma.¹⁶⁹

Por último, es preciso destacar igualmente que el propio apartado 7º del artículo 14 establece la limitación de que este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma deberá llevarse a cabo en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor del ejemplar, quien deberá ser indemnizado, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

¹⁶⁶ De hecho, para DELGADO PORRAS, Antonio, “La nueva ley española sobre propiedad intelectual”, RIDA 138, 1988, Pág. 215, la inclusión del derecho de acceso entre los derechos morales es “un error técnico”.

¹⁶⁷ CÁMARA, Pilar, “El derecho de acceso” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 124.

¹⁶⁸ A este respecto, en opinión de MARÍN LÓPEZ, Juan José, *El conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, Pág. 222, “es con seguridad en el ámbito de las obras plásticas donde el derecho de acceso está llamado a tener un campo de actuación más fructífero, debido a que, por un lado, se trata normalmente de obras de ‘ejemplar único’, y, por otro lado, el autor retiene los derechos patrimoniales sobre la obra a pesar de haberla transmitido, con la salvedad del derecho de exposición (artículo 56.2 LPI).”

¹⁶⁹ Vid. SANCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 100.

3. LOS DERECHOS PATRIMONIALES

El creador, además de los derechos que salvaguardan el vínculo personal que lo une a su obra, espera gozar de facultades que le permitan sacar provecho de la explotación de su obra. Así, “se reconoce universalmente que el autor debe percibir una remuneración por la utilización de su creación.”¹⁷⁰ Según RENGIFO GARCÍA, esta retribución económica responde a la idea de justicia según la cual todos los que trabajan deben recibir una compensación por la labor desarrollada. La retribución pecuniaria, además, estimula a los creadores a realizar nuevas obras, lo que puede contribuir al progreso cultural e intelectual de los pueblos.¹⁷¹

En la doctrina, esta facultad del autor de autorizar o prohibir el uso de su obra se ha denominado de distintas maneras dependiendo del país de que se trate. Así, las expresiones más empleadas por algunas leyes son: “*Derecho patrimonial*”,¹⁷² “*Derechos de explotación*”,¹⁷³ “*Derechos de utilización*”,¹⁷⁴ “*Derechos de explotación económica*”¹⁷⁵ o bien, “*Derecho pecuniario*”¹⁷⁶. Lo cierto es, que independientemente de la forma en la que se les denomine, los derechos de explotación son un conjunto de facultades del autor que le permiten explotar por sí mismo su creación o autorizar su explotación por parte de terceros.¹⁷⁷ Tales derechos constituyen a favor del autor un monopolio de explotación, absoluto y oponible *erga omnes*. Además, -y a diferencia de

¹⁷⁰ COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Pág. 63.

¹⁷¹ Vid. RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 157.

¹⁷² Esta denominación se emplea en países como Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Francia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela.

¹⁷³ Esta es la denominación empleada en países como Alemania y España.

¹⁷⁴ Como por ejemplo en Austria.

¹⁷⁵ Ejemplo de uso de esta denominación sería Italia.

¹⁷⁶ Esta es la denominación empleada en El Salvador.

¹⁷⁷ Vid. RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 157.

los derechos morales- los derechos de explotación son: (i) transmisibles (*mortis causa* o por actos *inter vivos*)¹⁷⁸, (ii) temporales (porque se extinguen tras el paso de un periodo de tiempo concreto determinado por la ley)¹⁷⁹ y (iii) renunciables (porque, además de que se trata de derechos totalmente disponibles, nada en el TRLPI indica lo contrario).

En definitiva, “se trata de derechos exclusivos, de modo que solamente el autor –o su derechohabiente-, puede realizar, autorizar o prohibir todo acto que implique el uso de su obra y estos derechos son oponibles a todos, incluso al adquiriente del soporte material que contiene la creación, a menos que una norma expresa o una cláusula contractual disponga lo contrario.”¹⁸⁰

De la misma manera, el autor de una obra determinada tiene la facultad de ceder esos derechos exclusivos, para lo cual, generalmente (si se trata de una cesión onerosa), exigirá una participación proporcional en los ingresos de la explotación de que se trate, en la cuantía convenida con el cesionario,¹⁸¹ o bien se fijará una remuneración a tanto alzado a favor de dicho autor en los casos que especifica el TRLPI en su artículo 46.2.

Es importante precisar, además, que el autor puede seccionar la validez temporal, modal y/o espacial de sus derechos patrimoniales, de modo que, como lo establece el artículo 43 del TRLPI los efectos de la cesión de los derechos de explotación se limitan a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. En todo caso, la falta de mención del tiempo, limitará la transmisión de los derechos a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Asimismo, para el supuesto en el que no se especifiquen de modo concreto las

¹⁷⁸ Ver en este sentido el artículo 42 y siguientes del TRLPI.

¹⁷⁹ Véanse el artículo 26 y siguientes del TRLPI.

¹⁸⁰ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Tomo I, Santo Domingo, República Dominicana, 2001, Pág. 156.

¹⁸¹ Véase en este sentido el artículo 46.1 del TRLPI.

modalidades de explotación de la obra en cuestión, la cesión quedaría limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir con la finalidad del mismo.

Tal y como señala ANTEQUERA PARILLI, estos derechos de explotación que por mucho tiempo se redujeron a las escasas formas existentes para el uso de las obras, o sea, la reproducción por imprenta de obras escritas o la representación “en vivo” de composiciones musicales y obras escénicas, se amplió a partir de la invención sucesiva del fonógrafo, el cinematógrafo, la radiodifusión (sonora y televisiva), las fijaciones audiovisuales, la reprografía, las transmisiones por satélite y cable, así como del surgimiento de las grabaciones y las comunicaciones digitales, entre otros. Por ello, ante la imposibilidad de prever en el tiempo las modalidades de explotación que surgen con el avance tecnológico, la tendencia más generalizada, es la de reconocer al autor el derecho de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse salvo excepción legal expresa.¹⁸²

En concreto, los derechos de explotación que establece el TRLPI son:

- (i) el derecho de reproducción;
- (ii) el derecho de distribución;
- (iii) el derecho de comunicación pública; y
- (iv) el derecho de transformación.

Sin embargo, y en consonancia con el párrafo anterior, el derecho patrimonial del autor es de contenido ilimitado, por lo que la enumeración de las modalidades de explotación que lo conforman sólo tiene carácter meramente enunciativo. Tal y como dispone el

¹⁸² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Tomo I, Santo Domingo, República Dominicana, 2001, Pág. 155.

artículo 17 del TRLPI “el derecho patrimonial cubre cualquier utilización, y ese es un principio que se superpone a la existencia o enumeración de concretos derechos exclusivos en los artículos 18 y siguientes del TRLPI.”¹⁸³

Estos derechos exclusivos que conforman la vertiente patrimonial del derecho de autor son independientes entre sí,¹⁸⁴ es decir, que la autorización para el ejercicio de uno de tales derechos no implica consentimiento para ninguna otra forma de uso y los efectos de toda cesión se limitan a los modos expresamente previstos en el contrato o en la licencia,¹⁸⁵ principio que surge en disposiciones contenidas en diversas legislaciones del mundo¹⁸⁶ y, en lo que a nosotros respecta, en el artículo 43 del TRLPI.

Cabe resaltar, además, que como se trata de un derecho general que comprende la utilización de la obra por todo medio o procedimiento, las excepciones a ese derecho exclusivo, tal y como veremos más adelante, tienen que ser de interpretación rigurosamente restrictiva, como además lo aclaran algunos ordenamientos internos.¹⁸⁷

En todo caso, en nuestro sistema, las limitaciones legales al derecho exclusivo se circunscriben a determinados casos especiales, o sea, establecidos taxativamente en la ley, y se interpretan de forma tal que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor.¹⁸⁸

¹⁸³ BERCOVITZ, Germán, “Los derechos de explotación: Introducción” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 85.

¹⁸⁴ Véase en este sentido el artículo 23 del TRLPI.

¹⁸⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Tomo I, Santo Domingo, República Dominicana, Pág. 157.

¹⁸⁶ Como por ejemplo, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

¹⁸⁷ Ejemplo de ello sería Ecuador, España, Paraguay y Perú, así como Panamá, República Dominicana y Venezuela por vía reglamentaria.

¹⁸⁸ Véase en este sentido el artículo 40 bis. del TRLPI y lo establecido en este sentido en el presente estudio.

Por lo demás, cabe recordar que a pesar de que los derechos patrimoniales conforman junto con los derechos morales dos facetas distintas del derecho de autor,¹⁸⁹ no existe una desvinculación entre ambos aspectos, sino una importante conexión entre los mismos. Es más, según señala BONDÍA ROMÁN, en diversas ocasiones el ejercicio del derecho patrimonial por titulares derivativos puede estar mediatizado por las distintas prerrogativas del derecho moral. Así, el derecho de divulgación está estrechamente vinculado con los de comunicación pública y distribución; el derecho de retirar la obra del comercio implica paralizar la explotación de la obra; el derecho de respeto a la integridad y de modificar la obra pueden estar presentes cuando se ejercita el derecho de transformación y no siempre resulta fácil deslindarlos, y así diversos casos.¹⁹⁰

3.1. El derecho de reproducción

El derecho de reproducción viene definido en el artículo 18 del TRLPI¹⁹¹ como el derecho a “la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”.¹⁹²

De la misma manera se expresan el artículo 9.1 del Convenio de Berna y el artículo IV bis de la Convención Universal (Revisión de París, 1971) cuando afirman que el autor

¹⁸⁹ El artículo 2 del TRLPI establece que “la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.”

¹⁹⁰ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 17” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 93 y 94.

¹⁹¹ Esta es la redacción actual del artículo 18 del TRLPI, dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. (BOE de 8 de julio de 2006). En términos generales, este artículo guarda relación con los artículos 31, 107, 115 y 121 del TRLPI.

¹⁹² En sentido parecido se expresa el artículo 16 de la Ley de Propiedad Intelectual alemana, el artículo L.122-3 del código de propiedad intelectual francés, el artículo 13 de la Ley italiana de derecho de autor, y la Sección 106 del *Copyright Act* de los Estados Unidos.

tiene el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de su obra bajo cualquier procedimiento y en cualquier forma. Lo mismo se proclama en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC),¹⁹³ así como en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor (TODA), cuyos artículos 9.1 y 1.4, respectivamente, imponen la obligación para los países de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o bien para las partes contratantes de aplicar los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna y el Apéndice del mismo.

Así, los legisladores de numerosos países han definido la reproducción empleando varios términos distintos, pero todos ellos abarcan una misma realidad. Como bien señala COLOMBET, la expresión más frecuente es la de “reproducción bajo cualquier forma material”, utilizada por ejemplo en países como Argelia, Argentina, Benin, Camerún, Senegal y Túnez. Otros países utilizan la técnica de “reproducción en cualquier cantidad”, como por ejemplo, Austria. Por su parte, los Estados Unidos prefieren la expresión “reproducción bajo la forma de copias o fonogramas de la obra protegida”; Marruecos utiliza la de “reproducción mecánica” y Portugal habla de “publicación por impresión o por cualquier otro medio de reproducción gráfica”.¹⁹⁴ Sin embargo, a pesar de existir distintos términos, parece evidente que el tipo básico de explotación que queda bajo la cobertura del derecho de reproducción consiste en la obtención de copias o ejemplares de la obra a partir de su exteriorización en un soporte tangible.¹⁹⁵

¹⁹³ En inglés: TRIPS, este acuerdo se trata del Anexo 1C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el año 1984.

¹⁹⁴ COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Pág. 64.

¹⁹⁵ Así, para LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 135, “reproducir, no es más que el derecho exclusivo de copia, es decir, nadie, sin

El concepto de reproducción en el TRLPI aparece en su específico artículo 18 con un contenido no suficientemente arraigado en los antecedentes legales. Se refiere a la reproducción la Ley de 1847, la cual, según FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLEY, dada la estrechez lógica de la época, la misma se ceñía únicamente a los escritos originales que se podían convertir en copias manuscritas o impresas o en la reiteración de las litografías. Por su parte, la Ley de 1879 no daba un concepto de reproducción; no obstante, aludía a ella en los artículos básicos referidos a la necesidad del permiso del autor para reproducir las obras ajenas de carácter literario, y tratándose de una obra de arte, su enajenación, salvo pacto en contrario, no implicaba el derecho de reproducción, ni la exposición pública que permanecían reservados al autor o a su derechohabiente.¹⁹⁶ También se utilizaba el término reproducción, sinónimo de copia, para obtener una obra de igual o diferente dimensión lograda por cualquier medio de las obras de arte originales existentes en galerías públicas, con el consentimiento de los autores.¹⁹⁷

Sin embargo, aún antes de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, ya la jurisprudencia se encargaba de más o menos dar a este derecho el matiz con el que lo estudiamos hoy. Así, la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984¹⁹⁸ reconoce, en efecto, que integran el derecho de autor -bien jurídico protegido por el Código Penal- un elemento espiritual o vínculo moral, que liga la obra a su creador, y otro patrimonial, ligado al interés económico del autor y que *fundamentalmente le otorga el derecho de reproducción exclusiva de la obra, «elemento este que alzaprima la protección de esta propiedad "sui generis" o derecho*

autorización del autor puede obtener copias de su obra, multiplicarla. Para ello es preciso que ésta se encuentre fijada en cualquier soporte. ”

¹⁹⁶ Vid. FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLEY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 217.

¹⁹⁷ Véanse en este sentido, los artículos 7, 9 y 10 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879.

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984 [RJ 1984/1129].

sobre bienes inmateriales, de tal manera que es este bien jurídico protegido, transportado al campo penal, el que se sitúa entre los delitos patrimoniales, con el nombre genérico de defraudación»; añadiendo que «la propiedad original del autor, en su aspecto moral, permanece en el mismo..., en tanto que sus derechos patrimoniales pueden ser cedidos a un tercero.¹⁹⁹ En la misma línea, dice la sentencia de 27 de abril de 1979,²⁰⁰ que «aunque no se defina lo que ha de considerarse como defraudación, ni el Código concreta qué clase de infracción es la aludida... puede llegarse a la conclusión de que la infracción a que se refiere el artículo 534 consiste en imitar, copiar, representar o reproducir, en todo o en parte, una obra ajena sin permiso de su autor o de aquella persona a quien pertenezca el derecho...».

Y es que, la evolución histórica de los medios tecnológicos ha ido configurando y afectando al concepto mismo de reproducción. En su día, la fotografía y la grabación sonora afectaron a este concepto y ampliaron el tipo de obras o derechos tutelables. Tal y como lo indica BERCOVITZ, G., hoy, por ejemplo, se incluyen dentro del concepto de reproducción las copias digitales de la obra en la memoria de un ordenador; o las copias que se producen en el sistema de transmisión de la misma por Internet. Y ello debilita la exigencia de corporeidad (“multiplicación de objetos corpóreos idénticos”) que se predicaba tradicionalmente del derecho de reproducción. La fabricación de cualquier ejemplar de la obra implica el ejercicio del derecho de reproducción. El derecho es independiente del derecho de distribución y del de comunicación pública, aunque frecuentemente sea instrumental con respecto a los mismos. Por ejemplo, un cesionario puede estar autorizado para fabricar ejemplares y no por ello podrá

¹⁹⁹ Artículo 6 bis, 1 del Convenio de París de 1971.

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1979 [RJ 1979/1697].

distribuirlos; así como otro puede estar autorizado sólo a distribuirlos y no así a fabricarlos.²⁰¹

Y es que “el derecho exclusivo a explotar la obra mediante su reproducción evidencia la inmaterialidad del objeto sobre el que recae, al ser posible su incorporación íntegra y simultánea en un número indeterminado de soportes, por efecto de la multiplicación. Cuando la difusión de la obra se realiza por medio de ejemplares es necesaria su distribución. Cuando es accesible al público sin previa distribución de ejemplares, la vía normal de difusión será un acto de comunicación pública. Estos actos de comunicación pueden efectuarse con el original o con una reproducción del mismo. En consecuencia, no son excluyentes la comunicación, la distribución y la reproducción de la obra.”²⁰² De hecho, en determinados tipos de contratos, el derecho de reproducción se cede conjuntamente con el de distribución²⁰³ y, en ocasiones, con el de comunicación pública.²⁰⁴

Por otra parte, cualquier procedimiento de reproducción afecta al derecho exclusivo: ya sea que el mismo se lleve a cabo a mano, en grabaciones sonoras o visuales o de cualquier otra forma. Sin embargo, en el caso de procedimientos que no sean meramente mecánicos, en los que la realización de la reproducción tenga carácter creativo, el supuesto empieza a complicarse y a compartir algunas notas del derecho de transformación. La línea que separa ambos derechos se torna entonces bastante fina, en la medida en que puedan llegar a ser dignos de tutela de la misma manera tanto el

²⁰¹ BERCOVITZ, Germán, “El derecho de reproducción” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Págs. 86 y 87.

²⁰² BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 18”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 98.

²⁰³ Como es el caso del contrato de edición contemplado en el artículo 58 del TRLPI.

²⁰⁴ Tales serían los casos del contrato de edición dramático-musical previsto en el artículo 71 del TRLPI y del contrato de producción audiovisual establecido en el artículo 88 del TRLPI.

derecho del copista (como posible autor de una obra derivada); como el derecho del autor de la primera obra.²⁰⁵

En otro orden de ideas, es preciso destacar que la reproducción de una obra ajena por quien carece de autorización para ello constituye un ilícito de naturaleza civil; salvo, evidentemente, en los supuestos contemplados como límites en los artículos 31 a 40 del TRLPI que, en su caso, le sean de aplicación. Cuando se trate de la fabricación no autorizada de ejemplares o copias de la obra, la condena del juez civil puede comprender, además del cese de la actividad ilícita, la retirada de los ejemplares del comercio, su destrucción o su entrega, a precio de coste, al titular del derecho de que se trate.²⁰⁶ Cabe resaltar, además, que comete infracción no sólo quien carece absolutamente de autorización para ello, sino también quien se extralimita de tal autorización a la hora de reproducir la obra.²⁰⁷

Asimismo, como hemos ido adelantando, quien infrinja el derecho de reproducción puede ser también penalmente responsable, ya que el plagio, específicamente considerado en el artículo 270 del Código Penal, no es más que la reproducción, en todo o en parte, de una obra ajena usurpando la condición de autor de la misma. Ahora bien, “no es suficiente la similitud objetiva entre las dos creaciones, sino que también resulta estrictamente necesario el demostrar que la segunda creación ha tomado como base o bien que ha utilizado las partes sustanciales de la creación precedente.”²⁰⁸

²⁰⁵ En este sentido se expresa BERCOVITZ, Germán, “El derecho de reproducción” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 87. A estos efectos, el referido autor señala que este supuesto se dará, sobre todo, en las reproducciones manuales de obras plásticas, como por ejemplo, la copia de un cuadro.

²⁰⁶ Véase en este sentido, el artículo 139 del TRLPI.

²⁰⁷ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 18”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 99.

²⁰⁸ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 166. En sentido similar se expresa la sentencia del caso *Francis Day and Hunter vs. Bron* [1963] 2 All E.R. 16 (C.A.); [1963] Ch. 587; [1963] 2 W.L.R 868; 107

De conformidad con todo cuanto acontece, según LIPSZYC, el derecho de reproducción descansa en los principios siguientes:

- a) Se extiende sobre el todo y cada parte o fragmento de la obra.
- b) No importan ni la finalidad de la reproducción (comercial, cultural, benéfica, de investigación o docencia), ni el ámbito en que se utilice (público o privado).
- c) Se aplica sobre todas las formas de reproducción, sean directas (fotocopias de impresión, grabación en cinta de un disco, etc.), o bien indirecta (como la transcripción de una obra literaria para su incorporación en la memoria de un ordenador, etc.)
- d) Cada reproducción debe ser expresamente autorizada por el autor o titular del derecho, salvo en los casos expresamente previstos en la Ley.
- e) Se protege al autor contra el hecho de hacer copias de la obra, con independencia de la cantidad y de que sean o no distribuidas o puestas en circulación.
- f) La falta de mención en la ley de determinado medio técnico no puede interpretarse como excluido de la protección, toda vez que el derecho de reproducción concedido al autor tiene un carácter genérico.²⁰⁹

En definitiva, “el derecho de reproducción, al igual que acontece con el resto de las facultades patrimoniales reconocidas en nuestra Ley al creador de una obra intelectual, es una prerrogativa exclusiva y absoluta que otorga a su titular la posibilidad de

S.J. 193, en donde se establecía que para exista reproducción no autorizada de una obra debe haber “un grado suficiente de similitud objetiva entre los dos trabajos” y “una conexión causal entre la obra del demandante y la obra del demandado”. El resumen de este precedente inglés se encuentra en CORNISH, W.R., *Intellectual Property Case Books, Copyright*, ESC Publishing Limited, Oxford, 1985, Págs. 57-61.

²⁰⁹ Véase LIPSZYC, Delia, “La protección de las obras literarias y la política cultural del libro”, en el libro-memorias del IV Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales, Guatemala, 1989, Págs. 19 a 47.

determinar las condiciones en las que se va a reproducir su obra y, al mismo tiempo, impedir que cualquier persona pueda interferir en el ejercicio de este derecho.”²¹⁰

3.2. El derecho de distribución

Entre otras acepciones, literalmente, distribuir significa dividir algo entre varias personas, designando lo que a cada una corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho. No obstante, en el orden jurídico cabe tomar la acepción comercial, que vendría a significar “entregar una mercancía a los vendedores y consumidores”.²¹¹

Según FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, esta expresión resulta poco clarificadora para el derecho positivo, pero insinúa la circulación de una mercancía si la obra se convierte en “producto” de explotación, que parte de un fabricante, de un autor, y que se expandirá en las figuras jurídicas que perfilará el legislador de la propiedad intelectual. Así, cuando se acude al artículo 19 del TRLPI, lo que es derecho de distribución en sí conceptualmente se diluye en un acto preparatorio de unas operaciones ya muy concretas con unas notas repletas de influencias de la legislación europea sobre circulación de mercaderías, pero atemperadas al derecho de autor y un acto definitivo de puesta a disposición del público de la obra.²¹²

De esta manera, el artículo 19 del TRLPI se encarga de definir este derecho como “*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte*

²¹⁰ RIBERA BLANES, Begoña, *El derecho de reproducción del autor y sus límites*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Alicante, 2002, Pág. 318.

²¹¹ Ambas definiciones aparecen recogidas en V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

²¹² Vid. FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 230-233.

tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”.²¹³ De esta manera, en términos generales, la actividad de distribución se trata de una continuación lógica de la actividad de reproducción. Esto no significa tanto que no pueda darse distribución sin una reproducción previa, como que la reproducción se presenta por lo general ligada a ulteriores actos de distribución.²¹⁴ “Así, la distribución se configura como una modalidad de explotación esencial en la sociedad de consumo y el objeto de uno de los derechos de explotación típicos de la propiedad intelectual de los autores, de los artistas-intérpretes, de los productores fonográficos y audiovisuales, de las entidades de radiodifusión y de otros titulares asimilados a los autores.”²¹⁵

Ahora bien, la distribución exige que el original y las copias de la obra en cuestión sean ofrecidos al público de forma real y efectiva. Ello significa que no habrá tal puesta a disposición cuando la oferta vaya dirigida a una sola persona o a un círculo reducido de

²¹³ En términos generales, este artículo guarda relación con los artículos 37, 109, 117 y 123 del TRLPI. Cabe destacar que la redacción de los apartados 1 y 2 del referido artículo 19 es la dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE núm. 162, de 8 de julio). Por su parte, la redacción del apartado 4 del indicado artículo es la dada por la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas. De conformidad con dicha redacción “*se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto por el apartado segundo del artículo 37.*”

²¹⁴ Tal vez debido a este carácter un tanto subordinado, es por lo que el derecho de distribución no aparece específicamente reconocido en algunos ordenamientos, como el francés, donde el reconocimiento de derechos patrimoniales de autor se ha mantenido limitado a los dos derechos tradicionales de reproducción y representación (artículo L. 122-1 CPI). El derecho de distribución aparece en cambio contemplado en el ordenamiento español (artículo 19 del TRLPI) como hemos visto; en el alemán (sección 17 UrhG); en el italiano (artículo 17 L.A.); en el de los Estados Unidos (Sección 106 (3) Copyright Act); y en el británico (Sección 16 (1)(b) CDPA).

²¹⁵ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al artículo 40”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, Pág. 158. Por otro lado, en palabras de LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 138, si hubiese que definir esquemáticamente este derecho, podríamos decir que consiste en la comercialización de la obra intelectual. Es en definitiva, el control sobre la circulación de la obra.

personas. No obstante, la extensión de dicho círculo ha de ser considerada de forma relativa en función de la naturaleza de la obra.²¹⁶

Según SÁNCHEZ ARISTI, el derecho de distribución, al asegurar en definitiva al autor un cierto control sobre la comercialización de su obra en ejemplares, determina inevitables interferencias en el ámbito de poder privado correspondiente al usuario de cada ejemplar, siendo éste quizás uno de los casos en que más claramente se evidencia la contraposición entre la propiedad intelectual sobre la obra como objeto inmaterial, y la propiedad ordinaria sobre los objetos materiales que la sirven de soporte. Pero, según el indicado doctrinario, es esencial notar que el grado de control de que dispone el autor, varía en función de cuál haya sido el primer acto de puesta a disposición del público de los ejemplares, dado que ésta puede revestir distintas modalidades. Señaladamente las de venta, alquiler o préstamo, a tenor del artículo 19.1 del TRLPI.²¹⁷ En los casos en que se hubiese producido una distribución mediante venta, parece razonable aceptar que la capacidad de incidencia sobre los actos posteriores de distribución, eventualmente llevados a cabo por el adquiriente de un ejemplar, sea menor que en aquellos otros en

²¹⁶ En este sentido se expresa LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Págs. 140 y 141, quien se apoya a su vez en RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, Pág. 376, quien a su vez sostiene que según el tipo de obra de que se trate tendrá un mayor o menor número de destinatarios y posibles adquirientes, desde luego “no es igual a este respecto un libro sobre cultura etrusca que una novela policíaca” y porque una obra de física cuántica o de alta tecnología en superconductores no comporta una oferta (a sus destinatarios verosímiles) semejante a la que se haría de un disco de música folklórica. Si la oferta a un círculo cerrado pudiera ser insatisfactoria en orden a la “publicidad”, tampoco es preciso para que haya ésta que la puesta a disposición del público se haga en un hipermercado.

²¹⁷ No obstante, cabe destacar que según diversos doctrinarios dentro de los que cabe señalar a LATORRE, Virgilio, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 141, la distribución abarca todas aquellas actividades instrumentales y accesorias que son necesarias para poner la obra a disposición del público, dentro de las que es forzoso reconocer incluidas las de almacenaje, importación o exportación. Y es que, según dicho autor, tales actividades son inherentes al derecho de distribución, y por lo tanto, el autor tiene derecho a oponerse a las mismas. Según este doctrinario estas actividades forman parte del derecho de distribución porque pertenecen al derecho de explotación en tanto son susceptibles de ser cedidas. Así parece demostrarlo el artículo 43.2 del TRLPI que dispone que a falta de mención del ámbito territorial en la cesión de derechos de explotación se limita al del país en el que se realice la cesión. Asimismo, el artículo 60.2 del TRLPI (contrato de edición), exige igualmente que se formalice por escrito y de forma expresa el ámbito territorial.

que la puesta a disposición del público se hubiese producido por medio de alquiler o de préstamo.²¹⁸ Se habla de “agotamiento” de los derechos de propiedad intelectual, y en concreto del derecho de distribución, para significar precisamente la pérdida de control por parte del autor o titular de este derecho, respecto de eventuales actos ulteriores de comercialización de los ejemplares de su obra, llevados a cabo por los adquirientes o poseedores de los mismos, toda vez que su puesta en circulación hubiese sido hecha con consentimiento del primero. Conforme al artículo 19.2 del TRLPI, este agotamiento sólo se produce cuando la puesta a disposición del público de los ejemplares se haya realizado mediante una venta u otro título de transmisión de la propiedad que haya sido lícitamente realizado, así como únicamente respecto de los actos ulteriores de distribución consistentes igualmente en una venta o transmisiones de propiedad sucesivas. El autor o el titular del derecho de distribución conservará, por lo tanto, incluso después de haber vendido los ejemplares de la obra, el derecho exclusivo de alquilarlos y/o prestarlos. En cambio, cuando la distribución se haya efectuado inicialmente en forma de alquiler, o de préstamo, el derecho no se extingue sino que subsiste, y se proyecta entonces sobre los posibles actos sucesivos de comercialización de los ejemplares.²¹⁹

²¹⁸ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 161 y 162. En este mismo sentido parece expresarse el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1151/2001, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2001 [RJ 2001\9801], cuando establece que: “El agotamiento del derecho de distribución o circulación (*«épuisement du droit de mise en circulation»*) a partir de la primera venta opera respecto de las ventas sucesivas, pero no extingue totalmente el control del titular del derecho de distribución (derechos económicos), porque la adquisición de la cosa material no supone la adquisición de todos los derechos de explotación, y aunque no cabe negar a los adquirentes de los fonogramas diversas facultades dispositivas, carecen sin embargo de la de llevar a cabo la actividad comercial de alquiler de discos compactos (fonogramas) en establecimiento abierto al público, sin consentimiento del productor fonográfico, que es lo que se debate en el caso de autos.”

²¹⁹ En este sentido se expresa SANCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 164 y 165, quien además sostiene que si se tiene en cuenta que sólo ostentan una facultad de uso por tiempo limitado, es claro que ni el arrendatario ni el prestatario pueden consumir la venta del ejemplar, pues la propiedad de éste permanecerá en manos del arrendador o prestamista. En cambio, cualquiera de ellos podría volver a distribuir la obra mediante un ulterior

Cabe destacar, por último, que el ejercicio de las actividades de distribución efectuado por quien no es titular del derecho puede suponer tanto una infracción civil, como un ilícito de carácter penal de conformidad con lo estipulado en el artículo 270 del Código Penal. De la misma manera, la distribución realizada en una forma distinta de la autorizada por el titular del derecho, así como la que se extralimita en el tiempo o en el espacio pueden suponer igualmente un incumplimiento del contrato de cesión o bien constituir, según el caso, un ilícito civil o penal.²²⁰

3.3. El derecho de comunicación pública

Según señala RODRÍGUEZ TAPIA, la comunicación pública es una de las claves diferenciadoras de la propiedad intelectual respecto a otras disciplinas o instituciones que regulan derechos reales o sobre cosas.²²¹ Y es que, según el indicado autor, los bienes inmateriales, a diferencia de los materiales, tienen la ventaja económica de poder estar incorporados en múltiples objetos materiales que le sirven de soporte, lo que permite el disfrute, simultáneo por una pluralidad de personas, sin necesidad de multiplicar los ejemplares de la obra. Así, puede ser que un único objeto material haga accesible la obra a muchas personas²²² o, incluso, que, sin necesidad de mostrar, más o

préstamo de su ejemplar. La posibilidad de concertar un subalquiler del ejemplar, sin embargo, estaría reservada exclusivamente al arrendatario.

²²⁰ Así lo señala RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, voz: “Derecho de distribución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995, Pág. 2226, quien sostiene igualmente que la infracción de derechos de venta no debe confundirse con la venta de derechos ajenos, constitutiva de delito en ocasiones pero asimismo intachable civil y penalmente cuando el vendedor declara su ajena pertenencia al comprador.

²²¹ RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 20”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 111. Por lo demás, cabe destacar que esta forma de explotación ha adquirido tal relevancia a día de hoy, que en palabras de LACRUZ BERDEJO, *Prólogo*, en BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual. Su Significado en la sociedad de la información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Trivium Editorial, Madrid, 1988, Págs. 12 y 13, hemos pasado de la galaxia Gutenberg a la galaxia Marconi.

²²² Tal es el caso de las proyecciones cinematográficas, las exposiciones públicas o de las emisiones televisivas.

menos inmediatamente, el único objeto material, la obra se haga accesible a muchos espectadores.²²³

Es el artículo 20 del TRLPI el que se encarga de definir el concepto de comunicación pública, estableciendo que se entenderá por ello *todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*.²²⁴ Antecedentes de esta figura los encontramos en el artículo 19 de la Ley de propiedad intelectual de 1879, el cual establecía que no era posible ejecutar en teatro ni sitio público, total o parcialmente, ninguna composición dramática o musical sin previo permiso del propietario. Además, en los artículos siguientes se realizaban ciertas matizaciones sobre los derechos del autor del libro y de la música. A raíz de estas disposiciones básicas, en los artículos 61 a 119 del Reglamento de 1880, se lleva a cabo un amplio desarrollo sobre la ejecución de obras dramáticas y musicales. Otros precedentes de esta figura los encontramos en la Ley cinematográfica de 1966, en los artículos 11, 11 bis y 11ter del Convenio de Berna (revisión de 1971),²²⁵ y en el artículo IV bis del Convenio Internacional de Ginebra (revisión de 1971).²²⁶

Así, según apunta ERDOZAIN, el concepto tradicional de comunicación pública es aquel en el que el acto de explotación tiene lugar con simultaneidad, temporal y

²²³ VID. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 20”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 111.

²²⁴ Como mero apunte, nótese que lo dispuesto en este artículo guarda estrecha relación con lo establecido en los artículos 36 y 84 del TRLPI.

²²⁵ En el referido artículo 11 del Convenio de Berna se indica que los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales, gozarán del derecho exclusivo de autorizar la representación y la ejecución pública de sus obras por todos los medios y procedimientos, y la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras. Por su parte, el artículo 11bis del mismo cuerpo normativo hace referencia a que los autores de obras literarias y artísticas tendrán el derecho exclusivo a autorizar la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de éstas en una serie de modalidades que establece el propio precepto. Y por último, el artículo 11ter del mismo Convenio determina que la autorización recaerá sobre las recitaciones públicas efectuadas por cualquier medio o procedimiento y a tenor de la naturaleza de la transmisión.

²²⁶ El artículo IV bis de la Convención de Ginebra hace referencia al derecho exclusivo del autor de autorizar la representación, ejecución pública y la radiodifusión de sus obras.

espacial, entre el público y el organizador del acto, como puede ser, por ejemplo, una representación teatral. Sin embargo, las modernas e innovadoras técnicas de explotación de obras han llevado a la ruptura de ese modelo, de manera tal que, incluso aunque no se dé la simultaneidad espacio-temporal, existirá público en el sentido jurídico del término y, por consiguiente, el acto quedará sometido al Derecho de Autor.²²⁷

De esta situación resulta la existencia de una subespecie del género comunicación pública, que es el denominado “**derecho de puesta a disposición**”.²²⁸ De ahí que el artículo 3.2 de la Directiva 2001/29, señala que “*los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija [...]*”.²²⁹

Así pues, en consonancia con lo anteriormente expuesto, en materia de comunicación pública es obligado ocuparse de la noción de *público*. Según DELGADO PORRAS, el legislador español no siguió el camino que, teniendo en cuenta la definición de acto de comunicación pública, se presenta como más lógico para abordar la tarea delimitadora que lo justifica: tomar el elemento de esa definición relativo a los destinatarios del acto –la “pluralidad de personas” a que éste se dirige, su “público”- y determinar en qué

²²⁷ Vid. ERDOZAIN, José Carlos, “El derecho de comunicación pública” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Págs. 91 y 92.

²²⁸ A estos efectos, cabe destacar que, aunque a nuestro juicio se trata de una modalidad más del derecho de comunicación pública, para cierto sector de la doctrina, dentro del que cabe citar a ERDOZAIN, José Carlos, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 130, se trata de dos derechos diferenciados. En efecto, según el referido autor “*aunque se trata de dos derechos diferenciados, lo cierto es que el segundo participa de algunas características estructurales del primero. El nexo común entre ambos se refiere, básicamente, al concepto de “público” y a la posibilidad de acceso como resorte suficiente y necesario para que entre en juego el derecho analizado. El rasgo de distintividad entre uno y otro vendría dado más bien por la ruptura con el modelo o estructura tradicional de comunicación pública en el que existía una intermediación espacio-temporal entre el organizador del acto y el público al que se dirigía. En la estructura actual del derecho de puesta a disposición esa intermediación desaparece, y la mediación espacio-temporal, definida a voluntad de cada uno de los integrantes del público al que la obra o prestación se dirige, se convierte en elemento esencial.*”

²²⁹ El cual se corresponde al actual artículo 20.2.i) del vigente TRLPI.

condiciones o circunstancias ese grupo de personas no habría de considerarse público y conferiría al acto la naturaleza de comunicación privada. Alega el citado autor, que considerando que la aludida noción abarca todas las posibles hipótesis de comunicación, parece que la identificación de ese grupo de personas tendría que haberse efectuado en función de las relaciones “personales” de sus miembros entre sí y con el responsable del acto. Sin embargo, el legislador de 1987 no procedió de esa forma y, para distinguir la comunicación pública de la privada, optó por servirse del criterio de la localización del acto: disponiendo que “no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.²³⁰ En virtud de esa opción legislativa, la disposición copiada suscita el planteamiento de cuestiones como las siguientes: 1º ¿Qué se entiende por ámbito estrictamente doméstico?; y 2º ¿Qué se quiere expresar cuando habla de un acto que se celebre dentro de ese ámbito? En cuanto a la primera cuestión, compartimos la opinión del indicado doctrinario quien sostiene que por “ámbito estrictamente doméstico” debe entenderse aquel espacio destinado por una persona natural a vivir en la intimidad con su familia y a desarrollar en este aspecto su vida privada.²³¹ En lo que respecta a la segunda cuestión, la frase “se celebre dentro” del referido ámbito, nos parece lógica la posición del indicado autor quien señala que ello alude a que el acto o explotación se efectúe en el interior de ese espacio, lo que sólo puede decirse que ha

²³⁰ Artículo 20.1, párrafo segundo del TRLPI.

²³¹ Esta noción es diferente de la de “domicilio constitucional”, definido por el Tribunal Constitucional como el “ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada”, o el “espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convencionalismos sociales y ejerce su libertad más íntima”. Para confrontar tales definiciones, véase el fundamento jurídico 6, en sus párrafos primero y segundo, de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, nº 10/2002, de 17 de enero de 2002. Por otra parte, cabe resaltar que la diferencia entre el ámbito estrictamente doméstico y el domicilio constitucional estriba principalmente, en la respectiva amplitud de una y otra noción, siendo más amplia la del domicilio constitucional y más estricta la del ámbito doméstico. Además, de que el ámbito doméstico viene marcado por el hecho de tratarse de un lugar de “convivencia” de una persona con otras, es decir, con su familia, mientras que el domicilio constitucional ha sido concebido por el legislador como un espacio destinado a proporcionar a cualquier persona una situación de “vivencia” en intimidad y privacidad.

ocurrido cuando se haya totalmente cumplimentado en tal lugar una operación en la que su responsable (el titular del ámbito o persona autorizada por él, en calidad de prestador del servicio) haya creado la posibilidad de acceso a cualesquiera obras de una pluralidad de personas dentro de ese estricto ámbito, a través de los medios personales apropiados o de los instrumentos e instalaciones técnicas necesarias para que tal acceso pueda producirse si esas personas lo desean.²³² Ciertamente, el establecer cuándo estamos en presencia de un ámbito estrictamente doméstico ha sido objeto de múltiples debates y de opiniones diversas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre todo en lo referente a la comunicación pública llevada a cabo en las habitaciones de hoteles.

En este sentido, la cuestión de si la captación, por parte de una entidad hotelera, de señales de televisión vía satélite o terrestre y su distribución por cable a las distintas habitaciones del hotel es un “acto de comunicación al público” o de “recepción por el público” no está regulada por la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, por lo que debe ser apreciada conforme al Derecho nacional.²³³

De ahí, que el asunto tenga que ser considerado por nuestros tribunales, lo que ha dado lugar a conclusiones contradictorias, sin que termine de quedar la situación resuelta de forma más o menos clara. Así, encontramos sentencias que subrayan que la comunicación pública es un acto al que puede tener acceso una pluralidad de personas, pudiendo efectuarse de manera sucesiva (tratándose de habitaciones) y no procede

²³² Vid. DELGADO PORRAS, Antonio, “Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual” en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Págs. 49-55.

²³³ Así queda expresado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de febrero de 2000, EGEDA, C-293/98.

realizar distinción entre las dependencias destinadas en un hotel a vestíbulo y las que sirven de dormitorio.²³⁴ Sin embargo, más recientemente encontramos sentencias que establecen que, en estos casos, la simple recepción no equivale a comunicación pública, que, para poder ser apreciada como tal, precisa que el hotel haya instalado su propia red de difusión, a efectos de poder volver a transmitir a las habitaciones privadas.²³⁵

Evidentemente, el asunto aún no queda claro y tanto esta situación en particular como el derecho de comunicación pública en sí mismo requieren de un estudio aparte y a profundidad.

3.4. *El derecho de transformación (Breve introducción)*

El derecho de transformación viene recogido en el artículo 21 del TRLPI y consiste, en principio, en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella, como pueden ser, por ejemplo, las adaptaciones, traducciones, antologías, compilaciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, etcétera.

Tal y como apunta MARCO MOLINA, iniciamos aquí el análisis de una de las cuestiones más delicadas y a la vez más complejas que presenta la institución de la propiedad intelectual. La delicadeza o fragilidad del tema viene dada –además de porque en la “transformación” quedan implicados casi inevitablemente aspectos que no son jurídicos, sino que tienen que ver con la actividad de creación intelectual en sí misma considerada- porque el tema de la transformación de la obra intelectual parece desde siempre resistirse a ser resuelto en base a razonamientos jurídicos taxativos, de

²³⁴ Véanse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de julio de 1993 y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de junio de 1998.

²³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 2002.

manera que no es infrecuente la llamada a la solución del caso concreto. Según la indicada autora, la complejidad viene dada ante todo por las adherencias de otros importantes temas que presenta el que aquí se aborda: la actividad de transformación constituye, al igual que las actividades de reproducción, distribución y comunicación pública, el contenido de uno de los derechos de explotación. Pero legalmente se la contempla también como título adquisitivo originario de derechos de autor sobre la obra resultante de la transformación.²³⁶ Como vemos, no se trata de una figura sencilla ni de fácil comprensión. De ahí que los capítulos siguientes estén destinados a su estudio en profundidad.

²³⁶ MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, Marcial Pons, 1995, Pág. 325.

CAPÍTULO SEGUNDO
**EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN: DE LA OBRA ORIGINARIA A LA
OBRA DERIVADA**

*“¿Dices que nada se crea?, no te importe,
con el barro de la tierra, haz una copa
para que beba tu hermano.”*

Antonio Machado (1875-1939)
Poeta y prosista español.

1. ANTECEDENTES

De conformidad con lo estipulado en los artículos 8 y 12 del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho exclusivo de hacer o autorizar traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras. Esta facultad, denominada en nuestro ordenamiento como “derecho de transformación”, es, como hemos visto, uno de los derechos que conforman la vertiente patrimonial de los derechos de autor, y viene reconocido como tal en el artículo 21 del TRLPI. Al tratarse de un derecho de explotación, la facultad de ejercitarlo se extingue una vez transcurrido el plazo de protección, de manera que “el autor de una obra derivada basada en otra caída en el dominio público, no puede oponerse a que terceros traduzcan, adapten, modifiquen o compendien la misma obra originaria, siempre que sean trabajos originales distintos del suyo.”²³⁷

Ahora bien, esta figura no siempre ha sido concebida tal y como la aplicamos hoy, sino que ha ido sufriendo diversas modificaciones en nuestro ordenamiento. De ahí, que en las páginas que veremos a continuación trataremos de hacer un estudio minucioso de las

²³⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Tomo I, Santo Domingo, República Dominicana, 2001, Pág. 180.

características de las obras derivadas de la transformación, así como los distintos aspectos que plantean su autoría y titularidad, empezando dicho examen a partir de los antecedentes legislativos de este derecho.

1.1. *El derecho de transformación en la Ley de Propiedad Literaria de 1847*

El derecho de transformación es un precepto caracterizado por unos claros precedentes en el ordenamiento jurídico histórico. Así pues, desde nuestra primera legislación en esta materia, esto es, la “Ley por la que se declara el derecho de propiedad de los autores y de los traductores de obras literarias, y establece las reglas oportunas para su protección” de 10 de junio de 1847, ya se hacía una clara distinción de esta figura. La referida norma, también denominada “Ley de Propiedad Literaria”, constaba de veintiocho artículos distribuidos de la siguiente manera: Título Primero, de los derechos de los autores; Título Segundo, de las obras dramáticas; Título Tercero, de las penas; y tres artículos finales de Disposiciones Generales.

Como podemos ver desde la propia denominación de la Ley a la que aquí nos referimos, el derecho de transformación tiene, a diferencia del resto de los derechos de explotación, importantes antecedentes que se remontan a la primera Ley de Propiedad Intelectual española, donde se hacía alusión de manera reiterada a la traducción y a los traductores y su derecho era reconocido en el artículo 3 de la misma. Asimismo, la duración de tal derecho se regulaba de manera expresa en el artículo 4.2 del mismo cuerpo normativo,²³⁸ el cual también se refería a las anotaciones, adiciones, compendios y extractos de obras en sus artículos 10 y 11.²³⁹

²³⁸ El artículo 3 de la referida Ley de Propiedad Intelectual de 1847 rezaba de la manera siguiente: “Igual derecho corresponde: primero, a los traductores en verso de obras escritas en lenguas vivas; segundo, a

1.2. *La Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y su Reglamento de 1880*

Más tarde, la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 también se preocuparía por incorporar a grandes rasgos este derecho y de reconocer a los autores de obras derivadas la propiedad intelectual sobre tales creaciones. Así, en su artículo 2 establecía que *“corresponde la propiedad intelectual a los traductores respecto de su traducción, y a los que refunden, copian, extractan, compendian o reproducen obras originales respecto de sus trabajos”*. De la misma manera, el artículo 7 disponía que *“nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario ni aún para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición”*. Por su parte, los artículos 12 y 13 aludían a la traducción publicada por primera vez en un país extranjero con el que hubiere algún tipo de convenio en materia de propiedad intelectual, y a la propiedad de las traducciones de obras extranjeras; y los artículos 14 y 15, a otros extremos relacionados.²⁴⁰

los traductores en verso o prosa de obras escritas en lenguas muertas”. En lo que respecta al artículo 4.2 de la indicada Ley, el mismo establecía lo siguiente: *“Corresponde al autor durante su vida [...]: [...] segundo, la propiedad de las traducciones en prosa de obras escritas en lenguas vivas, entendiéndose que no se podrá impedir la publicación de otras distintas traducciones de la misma obra. Si el primer traductor reclamare contra una nueva traducción alegando ser esta su reproducción de la antigua con ligeras variaciones, y no un nuevo trabajo hecho sobre el original, el juez ante quien se acuda admitirá la reclamación y la fallará, oído el informe de dos peritos nombrados por las partes, y tercero en caso de discordia. Para los efectos de esta ley será considerada como traducción la edición que haga en castellano un autor extranjero de una obra original que haya publicado en su país en su propio idioma.”*

²³⁹ Por su parte, los artículos 10 y 11 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1847 establecían lo siguiente: Artículo 10.- *“Nadie podrá reproducir una obra ajena con pretexto de anotarla, comentarla, adicionarla o mejorar la edición sin permiso de su autor. El de adiciones o anotaciones a una obra ajena podrá no obstante darlas a luz por separado, en cuyo caso será considerado su propietario”*. Artículo 11.- *“El permiso del autor es igualmente necesario para hacer un extracto o compendio de su obra. Sin embargo si el extracto o compendio fuese de tal mérito e importancia que constituyese una obra nueva o proporcionase una utilidad general, podrá autorizar el Gobierno su impresión oyendo previamente a los interesados y a tres peritos que él designe. En este caso el autor o propietario de la obra primitiva tendrá derecho a una indemnización que se señalará con audiencia de los mismos interesados y peritos, y se fijará en la misma declaración de utilidad que deberá hacerse pública.”*

²⁴⁰ Estos preceptos son del siguiente tenor literal: Artículo 12.- *“Si la traducción se publica por primera vez en país extranjero con el cual haya convenios sobre propiedad intelectual, se atenderá a las estipulaciones para resolver las cuestiones que ocurran; y, en lo que por ellas no estuviese resuelto, a lo prescrito en esta ley”*. Artículo 13.- *“Los propietarios de obras extranjeras lo serán también en España, con sujeción a las leyes de su nación respectiva; pero solamente obtendrán la propiedad de las traducciones de dichas obras durante el tiempo que disfruten las de las originales de la misma nación, con arreglo a las leyes de ella.”* Artículo 14.- *“El traductor de una obra que haya entrado en el dominio público sólo tiene propiedad sobre su traducción, y no podrá oponerse a que otros la traduzcan de*

Por otro lado, el artículo 4 del Reglamento de 1880 se refiere igualmente al traductor, refundidor, compendiador, y el artículo 5 establece que para “*refundir, copiar, extractar, compendiar o reproducir obras originales españolas se necesitará acreditar que se obtuvo por escrito el permiso de los autores o propietarios, cuyo derecho de propiedad no haya prescrito con arreglo a la Ley, y faltando aquel requisito, no gozarán sus autores de los beneficios legales, ni producirá efecto su inscripción en el Registro*”.²⁴¹

Además, el artículo 67 de dicho Reglamento exige además el consentimiento del autor o del propietario para “arreglar” una obra dramática de otro autor para adaptarla a una composición musical, y el 68, que “también será necesario el permiso del autor para tomar el argumento de una novela o de otra obra literaria no teatral y adaptarlo a una obra dramática”.

1.3. La Ley de Propiedad Intelectual de 1987

Tal y como estaba redactada la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, el apartado 1 del artículo 21 era el mismo que el actual; no obstante, el apartado 2 sólo contenía la primera parte de la redacción de nuestra ley vigente y así se mantuvo hasta la incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos, a través de la Ley 5/1998, de 6 de

nuevo.” Artículo 15.- “*Los derechos que concede el artículo 13 a los propietarios de obras extranjeras en España, sólo serán aplicables a las naciones que concedan a los propietarios de obras españolas completa reciprocidad.*”

²⁴¹ En materia de registro de obras, se debe tener también presente lo dispuesto en el Real Decreto de 8 de enero de 1924, por el que se concedía el plazo de un año a los autores, traductores, etc. para que, dejando a salvo los derechos adquiridos, pudieran inscribir sus obras en el registro de la propiedad intelectual, en caso de que no hubieran podido hacerlo por las circunstancias por las que atravesó Europa en los años anteriores, por efecto de la primera guerra mundial.

marzo.²⁴² Así las cosas, el artículo 21.2 de la Ley de 1987 establecía que “*los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente*”.²⁴³

Esta redacción, en su momento generó muchas dudas y llevó a la doctrina hacia interpretaciones diversas. Por un lado, algunos autores, ciñéndose a su literalidad, entendían que el derecho de propiedad intelectual sobre el resultado de la transformación correspondía al transformador y, por ende, podía explotar dicho resultado sin recabar ningún tipo de autorización por parte del autor de la obra preexistente. Mientras que otra postura daba una interpretación que reconocía al autor de la obra transformada facultades de explotación sobre la obra resultante. Como veremos en las páginas siguientes, la reforma que se ha operado en el artículo 21.2 del TRLPI ha seguido esta última línea.²⁴⁴

1.4. *El Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual de 1996 y sus modificaciones posteriores*

Tal y como decíamos en el apartado anterior, con el Real Decreto Legislativo 1/1996 por el que se aprobó el vigente TRLPI, la redacción del artículo 21 no varió. Fue la Ley

²⁴² Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 57, de 7 de marzo de 1998.

²⁴³ Cabe destacar que entre la Ley de 1879 y la de 1987, el Convenio de Berna (revisión de 1971, artículos 2.3, 8 y 12) presenta un precedente internacional que plantea una fórmula que establece equivalencias protectoras a las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística con los derechos del autor de la obra original. Asimismo, los autores gozan del derecho exclusivo de efectuar o autorizar las traducciones, adaptaciones, arreglos y demás transformaciones de sus obras. Asimismo, en la Convención Universal de Ginebra (revisión de 1971, artículos IV Bis y V) se observa la tendencia a buscar un equilibrio entre el primordial e irrenunciable derecho de autor comprensible de su derecho de explotación y la necesidad apremiante de conocimiento en países de desarrollo y reiterando la protección de los intereses patrimoniales del autor en orden a realizar, publicar y autorizar la traducción de las obras protegidas, con el establecimiento de restricciones sumamente regladas por los Estados en virtud de esa necesidad cultural. Vid. FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 291.

²⁴⁴ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 385 a 387.

5/1998 la que más tarde agregaría la segunda parte del artículo 21.2, vigente al día de hoy, que añadiría a la redacción anterior lo siguiente: “...*de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación*”.

Con esta nueva redacción, se incluye como transformación la reordenación de las bases de bases de datos,²⁴⁵ y se reconoce de manera expresa al autor de la obra transformada facultades de explotación sobre la obra resultante.

La frase inicial del precepto, que proviene del Derecho francés²⁴⁶, sigue teniendo la misma redacción de 1987 y atribuye la propiedad intelectual sobre la obra resultante al transformador. Ha sido precisamente esa redacción inicial del artículo la que llevó a la doctrina por tanto tiempo a entender que los autores de la obra preexistente no tenían ningún tipo de participación a nivel económico en los ingresos de la obra resultante.

Afortunadamente, la Ley 5/1998 vino a esclarecer la forma en que, desde un principio, debió haber sido interpretado el espíritu del artículo 21 del TRLPI, esto es, reconociendo que, sin perjuicio de que los derechos de propiedad intelectual que recaen sobre el resultado de la transformación corresponden en exclusiva al transformador, quien, en todo caso, deberá recabar la autorización correspondiente por parte del autor

²⁴⁵ En la Exposición de Motivos de la Ley 5/1998 se señala que la redacción del número segundo del artículo 21 tiene por objeto aclararlo y acomodarlo al artículo 5 e) de la Directiva de bases de datos que establece lo siguiente: “*El autor de una base de datos tendrá el derecho exclusivo, respecto de la forma de expresión de dicha base susceptible de la protección de los derechos de autor, de realizar o autorizar: [...] e) cualquier reproducción, distribución, comunicación, exhibición o representación al público de los resultados de los actos a que se refiere la letra b) [...]*”. La referida letra b) se refiere a “*la traducción, adaptación, reordenación y cualquier otra modificación*”.

²⁴⁶ El artículo 12 de la Ley francesa del año 1957 establece que “la obra compuesta será de propiedad del autor que la hubiera realizado con reserva de los derechos del autor de la obra preexistente.”

de la obra preexistente si desea llevar a cabo una explotación lícita de dicha obra resultante.²⁴⁷

Por otra parte, y a modo de paréntesis, procede establecer que a pesar de lo anterior el derecho de transformación es una figura que ha sido poco abordada tanto por la propia legislación como por la doctrina, y más aún si nos referimos a las transformaciones que pueden llevarse a cabo en el entorno digital. Según apunta DE ROMÁN PÉREZ, las nuevas tecnologías facilitan enormemente la transformación de las obras, de forma que resulta sencillo, no sólo copiar, sino manipular materiales que circulan por Internet y poner a disposición de los usuarios esas obras transformadas. Igualmente, no resulta muy complicado tomar obras, musicales sobre todo, fijadas en soportes tangibles y manipular éstas para luego subirlas a la red. Sin embargo, tal y como señala la referida autora, los trabajos previos a los instrumentos internacionales, para la protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, apenas lo han tratado. El resultado, finalmente, ha llevado a una ausencia de referencias a la facultad de transformación en los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) del año 1996 y en la Directiva 2001/29/CE, que viene a incorporar los anteriores. Así pues, en el seno de la Unión Europea, el Libro Verde sobre los derechos

²⁴⁷ Prueba de este cambio en la opinión de la más autorizada doctrina en la materia a raíz de la modificación hecha por la Ley 5/1998 al artículo 21 y de las dudas que se suscitaron en aquel entonces la encontramos en BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Recientes reformas legales españolas en derecho de autor” en Actualidad Jurídica Aranzadi, N° 371, diciembre de 1998, cuando establece al efecto lo siguiente: *“La reforma operada por la LBD [Ley de Bases de Datos] en el artículo 21 de la LPI rebasa el tema de las bases de datos y viene a suponer una reformulación del derecho de transformación que tiene un mayor calado y trascendencia del que en principio cabría suponer. Parece que se ha optado por someter a la totalidad de las obras protegibles al mismo régimen jurídico, en cuanto al derecho de transformación, que el establecido para los programas de ordenador en el artículo 99 b). Ello, a primera vista, supone importantes consecuencias en todo el sistema de derechos de autor, que tienen implicaciones directas en tema de autoría, obras derivadas, otros derechos de explotación, derecho moral y límites. No es ésta la ocasión apropiada para ponerlas de manifiesto, aunque sí aventuramos una proliferación de distintas opiniones doctrinales sobre lo acertado o no de la reformulación del derecho de transformación, que básicamente consiste en aglutinar o acumular forzosamente el ejercicio del derecho de transformación con los otros derechos de autor, salvo que aquél se reduzca exclusivamente a la transformación privada. No otra cosa parece querer decir el artículo 21.2 in fine al someter a la autorización del autor de la obra preexistente la explotación de los resultados de la transformación.”*

de autor y desafío tecnológico, problemas de derechos de autor que requieren una acción inmediata, 1988, COM (88) 172, no dedica ningún epígrafe a esta facultad, ni tampoco el Libro Verde, de 19 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información COM (95) 382 Final. En fin, en relación con los autores, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de abril de 1994, no da regulación nueva para la transformación, sino que hace una remisión al Convenio de Berna de 1886 (artículo 9). Y en cuanto a los intérpretes, no hay referencia expresa en relación a la transformación en el Acuerdo ADPIC, como tampoco la hubo antes en el Convenio de Roma de 1961.²⁴⁸

En definitiva, sólo es nuestra intención destacar que, a pesar de su complejidad, el que aquí se estudia es un derecho poco abordado en todos los aspectos, de ahí que la jurisprudencia disponible sea a su vez más bien escasa y en ocasiones, motivo de discordancia entre los distintos sectores de la doctrina. Apuntado lo anterior, y al margen de consideraciones particulares sobre la redacción del artículo 21.2 del TRLPI y de los Convenios Internacionales, centrémonos en conocer en profundidad esta interesante figura, empezando por tratar de dar una definición más o menos acertada de la misma.

2. NOCIÓN JURÍDICA DE TRANSFORMACIÓN

El artículo 21 del TRLPI dedica su epígrafe 1 a enunciar que la transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de

²⁴⁸ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 389 y 390.

la que se derive una obra diferente. De ahí, que en principio, podríamos afirmar que la transformación consiste en una *modificación*. Como bien señala RIVERO, este derecho, en sus varias manifestaciones, comporta, en términos generales, una actividad creadora que modifica o cambia parcialmente la identidad de la obra intelectual o artística inicial de manera que resulta una presentación en forma distinta de la originaria, que es, a la vez, una obra protegida.²⁴⁹

Sin embargo, no resulta fácil dar una idea general y exacta de la transformación, ya que bajo este nombre se ha dado cabida a múltiples actividades radicalmente distintas entre sí. No obstante, en los apartados siguientes, trataremos de dar luz a este concepto.

2.1. Definiciones

“La actividad transformativa recrea la obra convirtiéndola en una expresión diferente a la original.”²⁵⁰ De esta manera, contaremos con dos objetos de propiedad intelectual distintos: la obra primigenia y la que resulta de la transformación. En este sentido, la vigente Ley de Propiedad Intelectual viene a indicarnos lo siguiente:

“21.1.- La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación de la misma.

2.- Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra

²⁴⁹ Vid. RIVERO, Francisco, “Interpretación y obra derivada” en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, REUS, Madrid, 2004, Pág. 106.

²⁵⁰ ENCABO VERA, Miguel, “Las obras multimedia”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*, REUS, Madrid, 1999, Pág. 83.

preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.”²⁵¹

Como podemos ver, en realidad, en el apartado 1 del artículo 21 del TRLPI no se define lo que es el derecho o la acción misma de transformación. La referida norma se limita simplemente a enumerar dos de sus supuestos más importantes, esto es, traducción y adaptación, y luego opta por brindarnos una fórmula abierta dentro de la que se entiende incluida como actividad transformadora cualquier otra modificación en la forma de la obra de la que se derive una obra diferente.²⁵² Una vez ejercitado el derecho de transformación, nos encontramos con que se genera un objeto de propiedad intelectual distinto, sobre el cual recaen nuevos derechos de autor y que, por lo general, corresponderán a un titular de derechos diferente.²⁵³ Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 17 y en el propio artículo 21 del TRLPI, se trata de un derecho de explotación, por lo que corresponde al autor su ejercicio exclusivo, que de no llevarse a cabo por él mismo, será necesaria su previa autorización.

Según el Diccionario de la Lengua Española transformar es un verbo transitivo, usado también como pronominal que significa precisamente eso: i) *Hacer cambiar de forma a alguien o a algo*; o ii) *Transmutar (convertir) algo en otra cosa*.²⁵⁴ Cabría, consecuentemente, aventurar una primera aproximación, respecto del derecho de

²⁵¹ Otras disposiciones que guardan relación con este artículo 21 son las que vienen establecidas en los artículos 9, 11, 12, 39, 64.1, 78.2, 89, 90, 92 y 99.b) del TRLPI y los artículos 8, 12 y 14 del Convenio de Berna.

²⁵² La misma tendencia a ejemplarizar los modelos de esta figura jurídica en las obras: traducciones, adaptaciones o arreglos existe en las leyes de propiedad intelectual de Nicaragua, Bolivia, Paraguay, Ecuador, El Salvador, Panamá, Guatemala, Colombia y Costa Rica.

²⁵³ Decimos “por lo general” porque no necesariamente el titular de derechos sobre la obra derivada será distinto al de la obra primigenia. Y es que nada impide que el autor de una determinada obra realice por sí mismo sucesivas obras derivadas de dicha creación.

²⁵⁴ La vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española puede ser consultada en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

transformación, como el de “realizar obras derivadas; o bien como el derecho exclusivo a modificar o transformar una obra adquiriendo la titularidad de la obra derivada resultante de dicha transformación.”²⁵⁵

En la doctrina, y contemplando la obra consecuencia de la transformación, se han tenido en cuenta diversos factores a la hora de interpretar esta figura, y todo ello ha sido objeto de múltiples discusiones y de diversas teorías. Ahora bien, a día de hoy lo que nadie contiene es que “la transformación constituye una facultad característica del derecho de autor en la explotación de su obra, que origina la aparición de un nuevo derecho de autor.”²⁵⁶

De conformidad con lo señalado por RIVERO HERNÁNDEZ, si partimos de: a) que las obras resultantes de la transformación son las llamadas en terminología ya bien acuñada y aceptada “obras derivadas” (y como hemos visto el propio artículo 21 dice “de la que se derive una obra diferente”); b) que son de este tipo, para la doctrina y en ordenamientos foráneos, y para la nuestra, todas las que menciona el artículo 11 del TRLPI; c) que la relación de las mencionadas en este precepto se halla encabezada por las mismas que cita el artículo 21 (traducción y adaptación), y d) que las restantes son siempre el resultado de algún tipo de modificación en la forma, mas no en la sustancia de la obra original anotada, actualizada, compendiada, etc.: resulta obligado concluir que todas las obras protegidas del artículo 11 TRLPI son las “obras diferentes” derivadas de un proceso de transformación.²⁵⁷

²⁵⁵ Vid. BERCOVITZ, Germán, “Derecho de transformación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 96.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLEY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 289.

²⁵⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 439. Así lo corrobora también SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 173, cuando establece que “en las obras derivadas del artículo 11

Así también, en palabras de la jurisprudencia “*la transformación (que se refieren los artículos 2.3, 8 y 12 del Convenio de Berna) constituye una alteración de la obra original que se traduce en la aparición de un nuevo objeto de propiedad intelectual, esto es, en una obra nueva, la cual puede ser compuesta (artículo 9 del TRLPI), derivada (artículo 11 TRLPI), y, en algún caso, una colección escogida o cualificada (artículos 12 y 22 TRLPI). Es necesario, en todo caso, un esfuerzo creativo del autor que adicione la aportación original de la primera obra y justifique una protección de un derecho exclusivo sobre la resultante. Para ello, para determinar si se ha creado o no la obra diferente deberá aplicarse una regla gradual, pues se debe admitir, junto a la posibilidad de aportaciones insignificantes que no permitan superar el límite de la originalidad exigible y no superan el ámbito de la mera reproducción (artículo 18 LPI), la de aportaciones que, por su importancia en el conjunto y su reflejo en la originalidad esencial, dan lugar a una obra nueva, distinta a la originaria.*”²⁵⁸

En consonancia con todo lo anterior, en principio, podemos establecer que la transformación implica la toma de ciertos elementos de la obra primigenia para conseguir la creación de una diferente, la cual existirá y disfrutará de derechos propios frente a los de la obra originaria, y esta última continuará en su explotación disfrutando, además, del beneficio económico que le supondrá la autorización prestada para la creación y explotación de la obra derivada.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo anterior, es preciso señalar que en ausencia de parámetros concretos que definan la actividad transformadora, se ha delegado a los tribunales la labor de resolver las controversias y disputas que puedan surgir al respecto,

TRLPI, la actividad desplegada por su autor consiste en una transformación de una obra preexistente. Dicha transformación, comporta una actividad de carácter creativo cuyo resultado produce, a su vez, una obra original distinta de la transformada.”

²⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 5 de marzo de 2004, [AC 2004\479].

los cuales deberán formar sus decisiones atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso en concreto.²⁵⁹ Y es que, como se verá en los apartados siguientes, dentro del paraguas de la transformación quedan incluidas diversas actuaciones que no necesariamente implican una modificación en la forma de la obra primigenia de la que se derive una obra diferente, sino que entran también en esta noción aquellos supuestos en los que una obra preexistente o parte de ella se incorpora en la realización de otra obra.

2.2. Elementos susceptibles de protección de la obra preexistente

Delimitar cuáles son los elementos susceptibles de protección cuando hablamos de transformación no es cosa sencilla. Y es que, a día de hoy, la generalidad de la doctrina sostiene que las ideas en sí mismas no son protegibles, sino que se protege simplemente la forma en la que éstas quedan expresadas; postura que, desde luego, resulta bastante

²⁵⁹ No obstante, con esto último no queremos decir que no existan casos y sentencias que causen controversia y que despierten un sinnúmero de opiniones distintas. Muy por el contrario, dado el grado de subjetividad que conllevan las decisiones de este tipo, en un número importante de ocasiones las sentencias dictadas han despertado conmoción y posturas muy divergentes. Como ejemplo de esto, sólo hay que hacer un pequeño alto en casos internacionales en los que los resultados han sido un tanto desconcertantes. En este sentido podríamos hacer alusión al caso de “*The Verve*”, una popular banda británica que se apuntó un éxito mundial en el año 1997 con la canción titulada “*Bittersweet Symphony*”, que aunque no llegó a definirse en los tribunales, causó sensación en su momento por el tema discutido. Y es que para desarrollar la canción en cuestión la banda negoció una licencia con *Decca Records* para utilizar una muestra de cinco notas musicales de una versión orquestal de uno de los temas de los conocidos *Rolling Stones* titulado “*The Last Time*”. Luego de que la canción de *The Verve* se convirtiera en un éxito, el grupo fue demandado por el antiguo manager de los *Rolling Stones*, Allen Klein, quien era titular de los derechos de propiedad intelectual de las canciones de dicha banda anteriores a la década de los 70, gracias a sus agresivas prácticas de negocios. Klein sostenía que *The Verve* había roto el acuerdo al utilizar una porción mayor de la canción originaria que lo establecido en la licencia. Lo cierto es que, en este caso, las notas de la canción preexistente quedaban prácticamente enterradas bajo la nueva canción gracias a los arreglos hechos por *The Verve*. Sin embargo, la banda finalmente terminó por llegar a un acuerdo transaccional, concediéndole el cien por cien de los royalties por la autoría, ya que, en principio, parecía más rentable que entablar un juicio millonario que no necesariamente tendría que resultar en su favor. Por si esto fuera poco, luego fueron demandados por Andrew Loog Oldham, otro antiguo manager de los *Rolling Stones*. Klein en su momento demandó por infringir los derechos de autor que él controlaba, pero Oldham era titular de los derechos sobre la grabación fonográfica. Lo perdieron todo. Véase MCLEOD, Kembrew, *Freedom of expression: Overzealous copyright bozos and other enemies of creativity*, Random House, USA, 2005, Págs. 100 y 101.

válida ya que defender lo contrario sería, en principio, un tanto peligroso. No sería lógico atribuir derechos exclusivos al primero que decidió pintar una Sagrada Familia, o al primero que se le ocurrió escribir una canción sobre un amor no correspondido. Visto desde esta perspectiva, y como una primera aproximación, es lógico concluir que sólo puede ser protegida la forma concreta en la que la obra se expresa, pudiendo otros pintar cuadros o escribir canciones con el mismo tema, siempre que la forma de expresión sea distinta a la de la primera obra. Ahora bien, cuando hablamos de transformación la cuestión no se muestra tan clara, ya que para que exista una actividad transformadora en sentido estricto será siempre necesario que la forma de expresión de la obra resultante sea distinta a la de la obra preexistente. Así, la transformación viene a cuestionar uno de los principales dogmas de los derechos de autor, de forma tal que nos hace preguntarnos si el contenido de la obra es en sí mismo susceptible de protección.

A fin de defender a toda costa la postura predominante, esto es, que las ideas en sí mismas no son protegibles, se han barajado varias teorías, siendo la más destacada la acuñada por la doctrina alemana que distingue entre la forma interna y la forma externa de la obra.

Según lo explica MARCO MOLINA, el alemán Josef KOHLER es el primero en exponer esta hipótesis al mantener la distinción entre forma y contenido, pero haciendo, a su vez, una sub-clasificación de la forma o modo de expresión, entendiendo que la misma se compone de una forma externa, esto es, la expresión exterior concreta de la obra) y de una forma interna, que radica sustancialmente en el modo de organización y presentación del contenido. Este último elemento, en tanto que peculiar y privativo de cada obra y de su autor merecería, pues, quedar reservado al autor, no pudiendo ser utilizado sin el consentimiento de éste. De esta manera, consigue entonces KOHLER,

que utilizaciones indirectas que, como la adaptación de una obra literaria al género dramático, que antes de la exposición de esta teoría no estaban protegidas en el régimen alemán, o que, como la traducción, lo estaban sólo con reservas, quedaran plenamente incorporadas al contenido del derecho de autor. Así, en palabras de la autora antes citada, *la distinción entre forma externa e interna acaba convirtiéndose en un subterfugio para evitar declarar que en infinidad de ocasiones el propio contenido de la obra deberá quedar protegido. Lo cual quiere evitarse, por considerar que el derecho de autor se convierte entonces en un obstáculo a la libertad inherente a la propia creación intelectual y a la libre difusión de pensamientos e ideas. Así, por ejemplo, cuando por estar a la orden del día la filmación de argumentos de obras literarias, quiera el legislador reservar también al autor tal utilización, que lo es, sin duda, del propio contenido de la obra, la doctrina dirá que estamos ante una protección de la forma interna de la obra literaria que ha sido llevada al cine.*²⁶⁰

A este respecto, no podemos más que estar de acuerdo con lo sostenido por la referida autora y entendemos que el recurso de la forma interna es sólo una excusa para tratar de

²⁶⁰ Vid. MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 335. En sentido similar se expresa SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, “Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual”, *Revista Pe.I.*, número 4, Bercal, Madrid, enero-abril 2000, Págs. 54 y 55, quien al respecto viene a establecer lo siguiente: “En el intento de explicar esa inmutabilidad del contenido que necesariamente debe acontecer en el curso de un proceso de transformación intelectual –si ni siquiera permaneciera inmutado el contenido carecería de sentido que se configurase la transformación como un caso de explotación de una obra ajena-, se han ensayado fórmulas como la de la forma interna. La noción de forma interna, entendida ésta como una suerte de configuración estructural de la obra a mitad de camino entre su contenido y su forma externa o expresiva, ha encontrado siempre especial acogida entre la doctrina alemana. Aplicada esta noción a los casos de transformación, sirve para explicar que lo que ésta comporta son sólo cambios en la forma externa de la obra, permaneciendo inalterada su forma o configuración interna. Desde mi punto de vista, sin embargo, el recurso al concepto de forma interna, o cualquier otro similar, no representa sino la invención de un nivel intermedio inexistente o, en el mejor de los casos, imposible de delimitar que en el fondo sólo sirve para no tener que admitir que en las obras derivadas el contenido de la obra preexistente no se altera, porque eso sería tanto como decir que el contenido, de algún modo, se protege, lo cual es en última instancia lo que se quiere evitar. En cambio, afirmar que quien lleva a cabo una transformación explota la obra preexistente porque toma elementos pertenecientes a su forma –interna, pero forma a la postre-, resulta más acorde con los postulados tradicionales acerca de la imposibilidad de proteger los contenidos por el derecho de autor. Lo aconsejable, en mi opinión, sería prescindir sencillamente del concepto de forma interna o de cualquier otro que le pudiera equivaler.”

encubrir una realidad palpable: en un sinnúmero de ocasiones, cuando hablemos de transformación, es necesario proteger asimismo el contenido de la obra. A nuestro juicio, esta posición se hace especialmente patente cuando hablamos de “remakes”, *precuelas*, *secuelas* y “*spin offs*” en el sentido que aquí se hace; ya que como se indica más abajo,²⁶¹ para llevar a cabo este tipo de obras, es necesario recabar el derecho de transformación. Sin embargo, en tales casos la forma de la obra preexistente apenas se tocará, siendo básicamente el contenido lo único que se verá afectado.

Ahora bien, qué tanto del contenido se protege o no es la cuestión que nos queda por resolver. A este respecto, no todos los componentes de la obra preexistente estarán protegidos, ya sea porque se encuentran fuera del ámbito objetivo de la ley o porque han pasado al dominio público. Dentro del primer supuesto caben encauzarse concretamente, las situaciones en las que lo que se pretende utilizar es el estilo o las opiniones concretas de un autor. El estilo no es protegible por derechos de autor, ni tampoco las opiniones o todo un género (por ejemplo, el soneto, la novela gótica o la comedia musical), siendo posible evocar un estilo particular, un punto de vista o un género sin emplear las mismas palabras, personajes o argumentos que el autor de que se trate. Asimismo, dado que los personajes estereotipados (por ejemplo, el detective incorruptible o el *latin lover*) y la trama estándar (los amantes desventurados, etcétera) tampoco se encuentran protegidos por el derecho de autor, cuando un tercero toma estos elementos o cualesquiera otros similares (no se trata de una lista exhaustiva) de una obra ajena protegida no estará cometiendo infracción alguna.²⁶² De ahí, que destaque como

²⁶¹ Vid. *Infra*. Capítulo III – Apartado 4, Pág. 248 y siguientes.

²⁶² Vid. LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Págs. 197 y 198. De la misma forma, no se estará cometiendo infracción alguna cuando se

de vital importancia el requisito de la originalidad. Mientras menos desarrollados estén los personajes, la trama o los elementos de que se trate, menor protección recibirán.²⁶³ Evidentemente, teniendo en cuenta que no contamos con parámetros concretos que definan la originalidad, serán en todo caso los tribunales de justicia quienes, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso en concreto, resuelvan las controversias que surjan al respecto.

2.3. ¿Transformación o reproducción?

Para algunos doctrinarios, el tema del derecho de transformación en ciertos aspectos encontraría su límite, en el derecho de reproducción. La obra inicial o bien se reproduce, o bien se transforma; o es la misma o es otra distinta. Si nos encontramos dentro de uno de los supuestos del artículo 11 del TRLPI, nos encontraríamos ante una transformación en sentido estricto, pero si nos hallamos ante una obra compuesta, veremos que existe un acto que podría parecer bastante más próximo a la reproducción que a la transformación. Así, interpretamos la expresión “obra nueva que incorpore una preexistente” del artículo 9, como que es nueva, pero al mismo tiempo reproduce (incorpora) algo de la preexistente de forma suficientemente autónoma y original como para ser tutelado.

Y es que los supuestos de los artículos 9 y 11 del TRLPI no se refieren propiamente a las formas de reproducción de la obra, sino que ponen en torno a ésta una zona de

utilicen elementos de una obra que esté en el dominio público, ya que en estos casos han perecido los derechos de autor sobre la obra originaria.

²⁶³ Según la sentencia del caso *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d. Cir. 1930) “esta es la penalidad que han de sufrir los autores por hacerlos demasiado indistintos”.

respeto que va más allá de la propia obra en sus formas reproductivas,²⁶⁴ comprendiendo en ellas la creación de obras que pueden ser atribuidas jurídicamente a otros autores, pero que por estar al mismo tiempo ligadas a la originaria, no pueden ser difundidas sin el consentimiento del autor de esta última.²⁶⁵

Como bien apunta RIVERO, la transformación no es el resultado de un trabajo material, como en la reproducción, ni hay en ella mera apropiación material de la obra ajena, sino actividad (y cierta aprehensión) intelectual: aplicación de ciertos elementos de una obra anterior, incluso apropiación intelectual e indirecta de los mismos, para la realización de la nueva; de ahí la protección que merece el que ha puesto aquella inicial actividad creadora.²⁶⁶ Ahora bien, hasta dónde llega esa zona de respeto a la que nos referíamos y dónde comienza la zona libre, es decir, cuál es el nivel de originalidad, de creatividad, de participación personal del autor de la modificación, y cuál la individualidad o identidad de la obra originaria, ésa es la cuestión más delicada.²⁶⁷

²⁶⁴ Una situación que fue muy discutida por la doctrina, fue la que en su momento se planteó con respecto a la digitalización de obras. No estaba muy claro si se trataba de una reproducción o bien de una transformación. Al final, la doctrina ha optado por el primero de los supuestos y así lo afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), de 13 de noviembre de 2003 [JUR 2004\88888], cuando establece lo siguiente: “[...] la doctrina ha discutido si debía calificarse como un supuesto de reproducción por cuanto suponía un modo de fijación de la obra, o si debía encuadrarse en el derecho de transformación por cuanto la digitalización de la obra suponía una adaptación o alteración del formato original de la obra al formato digital, decantándose por la primera opción ante las dificultades que podía suponer el derecho de transformación por la implicación en el mismo de intereses morales.” A nuestro juicio, la decisión final adoptada por la doctrina en este caso y que luego corrobora la jurisprudencia nos parece del todo acertada. Ahora bien, lo que no podemos compartir del todo es la coletilla que añade esta particular sentencia cuando se refiere a la vinculación del derecho de transformación con intereses morales. Como hemos dicho, no necesariamente el ejercicio del derecho de transformación llevará consigo la vulneración de un derecho moral.

²⁶⁵ Vid. RIVERO, Francisco, “Interpretación y obra derivada” en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, REUS, Madrid, 2004, Pág. 103.

²⁶⁶ En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, de 4 de Octubre de 2006 [JUR 2007\38863] establece que: “[...] junto a la violación de uno de los derechos morales del autor (el derecho al reconocimiento de la condición de autor del Art. 14-3 LPI), en el plagio tiene lugar también la vulneración de determinados derechos patrimoniales o de explotación: el derecho de reproducción del Art. 18 (cuando el plagio se produce en términos de copia servil de la obra genuina) o el derecho de transformación del Art. 21 (cuando el plagio se produce en términos de copia sustancial).”

²⁶⁷ Véase en este sentido lo dispuesto en RIVERO, Francisco, “Interpretación y obra derivada” en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, REUS, Madrid, 2004, Pág. 103.

En relación a esto último, el fallo de la Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C (Argentina) resalta que:

“[...] solamente puede pretenderse la exclusividad por quien acredite que su versión contiene elementos propios y una inspiración original, con caracteres suficientes para considerar que existe una creación personal y distinta de la originaria, caso en que la protección se limita, únicamente a dicho aspecto [de manera que] el transformador adquiere sólo la propiedad de la forma particular que haya dado al acompañamiento y la transformación que haya podido hacer [...] sin poder fundarse en este derecho para impedir que un tercero haga una transformación diferente.”²⁶⁸

En definitiva, buena parte de la doctrina a día de hoy sostiene que de la transformación debe resultar una obra diferente; es decir, una obra nueva, que no obstante provenir de otra, no se identifica con ésta, sino que difiere, es otra obra.²⁶⁹ Ello quiere decir que cuando los cambios introducidos en la obra originaria no son suficientemente relevantes, jurídicamente se considera que no se trata ya de transformación, sino de una reproducción, y no hay obra derivada y lo difícil sería concretar el grado de novedad o

²⁶⁸ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, Sala C, del 19 de septiembre de 1978.

²⁶⁹ Parcialmente en contra de esta posición se muestra PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001, Págs. 131 y 132 cuando establece lo siguiente: “Cabe pensar en el supuesto en el que los autores consientan que se coloree su obra cinematográfica. Ante una situación como ésta, la pregunta inmediata es: ¿la obra coloreada es una reproducción? No lo parece, ya que reproducir es fijar la obra en un medio, ya sea para comunicarla, ya sea para obtener copias. En lenguaje vulgar sí ha existido modificación y, en el ejemplo, consentida; lo que creo discutible es que haya una obra nueva. En cambio, es evidente que, mediante esa técnica, se puede comercializar una obra porque la ley del mercado se imponga en un momento determinado. Es posible encorsetarse en la dicción del artículo 21 y afirmar que, si no admitimos que existe en el coloreado una obra distinta, no ha existido transformación. Entonces, teniendo en cuenta que el consentimiento del autor es preciso en tanto que ostenta todos los derechos patrimoniales sobre la obra, ¿cuál sería aquí el objeto de dicho consentimiento? Cuando menos, resulta peculiar que la base del consentimiento sea alterar o modificar su obra y que ello no pueda considerarse transformación. La única solución viable desde esa perspectiva es recurrir a la teoría de que se está ante una de las ‘otras formas de explotación’ a las que alude el artículo 17 y cuya titularidad corresponde al autor.”

diferencia entre la originaria y la derivada, máxime si se tiene en cuenta que nuestro TRLPI no resuelve esa cuestión con claridad.²⁷⁰

A nuestro entender, esta postura doctrinal es correcta, pero probablemente incompleta. Y es que cuando se lleve a cabo una actividad transformadora en donde las diferencias entre la obra originaria y la derivada sean mínimas, en efecto, lo propio sería entender que estamos ante una figura más próxima a la reproducción que a la transformación en donde es posible que se vea también afectado el derecho moral a la integridad de la obra. Sin embargo, debemos recalcar que la noción de transformación es más amplia que la empleada en el artículo 21, ya que no es requisito “*sine qua non*” para que ésta exista que se lleve a efecto una actividad transformadora sobre la obra de la que se derive una obra diferente, sino que entran en esta noción –o por lo menos en el mismo régimen jurídico– aquellos supuestos en los que una obra preexistente o parte de ella se incorpora en la realización de otra obra. De ahí también que quepa incluir dentro del concepto de transformación a las obras compuestas del artículo 9 y a las colecciones del artículo 12. De esta manera, entendemos que la figura de la transformación es mucho más compleja de lo que en principio aparenta y en determinados casos, bastantes frecuentes además, la transformación de una obra también implicará la reproducción de la totalidad o de partes de ella.²⁷¹

²⁷⁰ Vid. RIVERO, Francisco, “Interpretación y obra derivada” en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, REUS, Madrid, 2004, Pág. 104.

²⁷¹ PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001, Pág. 134. En contra, SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 142, quien sostiene que cuando se ejercita exclusivamente la reproducción, la transformación está excluida, pero cuando se ejercita el derecho de transformación, la reproducción debe entenderse incluida, pues, según dicho autor, no es posible transformar sin reproducir. A este respecto, no podemos mostrarnos de acuerdo con esta última postura toda vez que, como veremos más adelante, se entienden incluidos dentro del supuesto de transformación creaciones tan variadas como son los llamados “*spin-offs*”, las secuelas y precuelas, en cuyos casos la obra preexistente no es en sí misma reproducida, sino que se toman ciertos elementos de la misma (que en muchos casos se limitan a la toma del nombre de uno de los personajes) para la creación de otra diferente.

2.4. Datos y criterios

Como bien señala BONDÍA ROMÁN, el derecho de transformación, a diferencia de los demás derechos de explotación, no se atribuye a los titulares de los “otros derechos de Propiedad Intelectual” del Libro II, sino que pertenece únicamente a los autores que reconoce el Libro I. Tampoco se incluye en la presunción de cesión en favor del productor audiovisual, que necesita un específico contrato de transformación audiovisual para adquirirlo.²⁷² Su formulación en sede de programas de ordenador presenta caracteres propios y limitaciones concretas. Asimismo, el derecho de transformación es independiente de los demás derechos exclusivos; la cesión del derecho de reproducción, por ejemplo, no implica cesión del derecho de transformación. Del mismo modo, se puede ceder el derecho para realizar una determinada transformación, pero no otras de tipos distintos.²⁷³ De los límites generales del Título III se le aplica de manera específica el de la parodia y, en definitiva, se trata de una figura especial que en contraste con los otros derechos de explotación, conlleva, como hemos visto, una definición legal más bien vaga e imprecisa.

Se trata, pues, de una figura compleja, y uno de sus aspectos más importantes radica en la originalidad de la obra transformada; aspecto este que no consta en el artículo 21, ni en el 11, correspondiente a las obras derivadas. Sin embargo, se le da tratamiento de obra protegida y en su consecuencia se invoca el artículo 10.1, en el que se afirma que “*son objeto de propiedad intelectual las creaciones originales...*”. También se integran en este cuadro de obras nuevas, diferentes y merecedoras de derechos de autor las obras

²⁷² Véase en este sentido el artículo 89 del TRLPI.

²⁷³ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 21”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 124. Comparte dicha opinión BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 263.

compuestas, los diversos enunciados de las obras derivadas y las colecciones, figuras todas que veremos más adelante.²⁷⁴

Asimismo, como adelantáramos anteriormente, este derecho de transformación, como los demás que conforman el derecho patrimonial, se extingue transcurrido el plazo de protección establecido en la Ley, de manera que el autor de una obra derivada basada en otra caída en el dominio público, no puede oponerse a que terceros transformen la misma obra originaria, siempre que sean trabajos originales diferentes al suyo.²⁷⁵

Por lo demás, y sin perjuicio de que se abordará de forma oportuna más adelante en este estudio, es preciso hacer un alto en lo referente en la incidencia del derecho moral en el derecho de transformación. En este sentido, en primer lugar, debemos indicar que el hecho de que se transforme la obra no quiere decir que se esté vulnerando el derecho moral reconocido en el artículo 14.5, relativo al derecho del autor a modificar la obra. El resultado de la modificación personalísima efectuada por el autor es la versión nueva de la obra que quiere como suya. En cambio, la modificación efectuada mediante la transformación da lugar a una obra diferente de la del autor. El derecho moral a la modificación no presenta mayores inconvenientes a la hora de diferenciarlo con el derecho de transformación.

Ahora bien, el derecho moral recogido en el artículo 14.4, relativo a la integridad de la obra, sí que puede mediatizar fuertemente este derecho. Y es que, como decíamos anteriormente,²⁷⁶ no toda modificación o cambio que se lleve a cabo a la obra preexistente significará un atentado a la integridad de la obra. El autor, aunque haya

²⁷⁴ En sentido similar se expresa FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 293.

²⁷⁵ Vid. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Págs. 99 y 100.

²⁷⁶ Vid. Supra: Capítulo I, Apartado 2.3 - *El derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra*, Págs. 73 y siguientes.

dado permiso para la transformación de su obra, puede exigir siempre que se respete su espíritu y su dignidad.²⁷⁷

2.5. *El derecho de transformación en otras legislaciones*

Como bien apunta GENDREAU, de forma general, el derecho de transformación es más bien conocido mundialmente como “derecho de adaptación”, el cual se presenta de dos maneras distintas en las legislaciones de derecho de autor: o bien de forma autónoma o bien incluido dentro del derecho de reproducción. En ambos casos, las expresiones empleadas para nombrarlo difieren de un país a otro. Así, por lo que respecta a un derecho de adaptación diferenciado, la ley española habla de derecho de transformación y la ley estadounidense, de derecho de crear obras derivadas. Por su parte, la ley mexicana hace referencia al derecho de adaptación y de creación de obras derivadas; la ley argentina, al derecho de adaptar o autorizar una traducción; y la ley japonesa, a un derecho de adaptar una obra, después de ofrecer ejemplos como la traducción, el arreglo musical, la transformación, la dramatización o la adaptación cinematográfica.²⁷⁸ En nuestro Derecho de propiedad intelectual el elemento francés y el alemán han ejercido una enorme influencia sobre todo nuestro marco legislativo y, en relación con el tema que nos ocupa, muy especialmente sobre las obras derivadas y el derecho de transformación.

Como podremos ir viendo más adelante de forma más detallada, estas figuras vienen reguladas por los artículos 9, 11, 12 y 21 de nuestro TRLPI, y de forma similar,

²⁷⁷ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 21”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 124 y 125.

²⁷⁸ Vid. GENDREAU, Ysolde, “Las excepciones de cita y parodia. El derecho de adaptación”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008, Pág. 309.

encontramos normas análogas en el Derecho alemán²⁷⁹, en el Derecho francés,²⁸⁰ y en el Derecho italiano.²⁸¹

En lo que respecta al Derecho alemán, LÓPEZ SÁNCHEZ nos señala que los derechos patrimoniales aparecen formulados de forma enunciativa en el artículo 15 de la Ley germánica de derecho de autor y, posteriormente, en los artículos 16 a 24 se define y regula cada uno de ellos, mereciendo nuestro interés el artículo 23 que establece que: “Las transformaciones u otras modificaciones de una obra pueden ser publicadas o explotadas solamente con el consentimiento del autor de la obra transformada o modificada (...)”. Además, cuando se trate de la adaptación cinematográfica de una obra, de la realización de planos o bocetos de obras de artes plásticas o de la reproducción de una obra de arquitectura, la realización (ya no sólo de su publicación o explotación) de la transformación o modificación requerirá el consentimiento del autor de la obra preexistente.²⁸² Ahora bien, es preciso recalcar que eso sólo será así en los casos anteriormente citados, para el resto de los supuestos, únicamente se requiere

²⁷⁹ Todo indica que el Derecho alemán fue el primer precursor de la actividad transformadora, dado que su Ley de derechos de autor de 1901 parece haber sido el primer texto legal que incorporó este derecho como tal a la enumeración de los derechos patrimoniales del autor. Así lo explica MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 330. Por lo demás, a día de hoy la transformación queda establecida en los artículos 3 y 4 de la Urheberrechtsgesetz (Ley alemana de Derecho de autor de 1965).

²⁸⁰ En Francia, una clara referencia al derecho de transformación aparece en el artículo L 112-4 del Code de Propriété Intellectuelle. También encontramos referencias en este sentido en el artículo 40 de la Ley francesa de propiedad literaria y artística de 1957.

²⁸¹ Las referencias a estas figuras en el Derecho italiano las encontramos en el artículo 4 de la Ley italiana N° 633, de Protección del Derecho de autor y otros derechos conexos a su ejercicio de 22 de abril de 1941.

²⁸² Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, Pág. 30. En esta misma línea, cabe destacar lo que sigue diciendo la referida autora de que el citado artículo 23 de la Ley alemana de derecho de autor fue modificado como consecuencia de la Directiva 96/9 sobre la protección jurídica de las bases de datos, de 11 de marzo de 1996, para precisar que también en el caso de las bases de datos, el consentimiento del autor es necesario para poder realizar adaptaciones y demás modificaciones; mientras que, por regla general, las transformaciones, como por ejemplo las traducciones, necesitan la autorización del autor únicamente para poder ser publicadas o explotadas. Véase MESTMÄCKER, E. J. y SCHULZE, E., *Kommentar zum deutschen Urheberrecht* (23), band 1, München, 1996, Págs. 1 y 2.

autorización para la explotación de la obra resultado de la transformación y, no así para su creación.

En lo que se refiere al Derecho francés, el artículo L 122-1 de su Código de Propiedad Intelectual se incluye dentro del capítulo dedicado a los derechos de explotación, pero se refiere únicamente al derecho de representación y reproducción. Así las cosas, vemos que, al menos de entrada, no se hace ninguna alusión al derecho de transformación; no obstante, el artículo L 122-4 del referido Código en relación con ello establece que *“toda representación o reproducción, integral o parcial, hecha sin el consentimiento del autor o de sus derechohabientes o sus causahabientes es ilícita. Lo mismo se aplica para la traducción, la adaptación o la transformación, el arreglo o la reproducción por un arte o procedimiento cualesquiera.”* De la misma manera, el artículo 122-6 del mismo Código, introducido por la Ley N° 94-361, de 10 de mayo de 1994, señala que el derecho de explotación de un programa de ordenador comprende (...) *“2° La traducción, la adaptación, el arreglo, cualquier otra modificación de un programa de ordenador y la reproducción del software que resulte.”*²⁸³ Además, el mismo Código en su artículo L 113-2 se refiere a las obras compuestas, al señalar que *“se llamará compuesta la obra nueva a la cual se incorpora una obra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última”*.²⁸⁴

Por otra parte, en el Derecho italiano, el llamado derecho de elaboración (que equivale a la transformación) queda incluido entre los derechos patrimoniales y se recoge en los artículos 4 y 18 de la Ley de derechos de autor de 22 de abril de 1941. En este sentido, según el artículo 4 de la referida Ley: *“sin perjuicio de los derechos existentes sobre la*

²⁸³ A este respecto la Sentencia de 27 de noviembre de 2001 de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa (SA Fiat auto France/Silas B.-G.) entiende ilícita el desarrollar una nueva versión de un programa de ordenador sin contar con la autorización del titular de los derechos correspondiente.

²⁸⁴ Como se verá más adelante, esta definición es prácticamente idéntica a la que nos ofrece nuestro TRLPI en su artículo 9.

obra originaria, también se protegen las elaboraciones de carácter creativo de la propia obra, como las traducciones en otra lengua, las transformaciones de una forma literaria o artística en otra, las modificaciones y añadiduras que constituyan un arreglo sustancial de la obra originaria, las adaptaciones, los resúmenes, los compendios y las variaciones que no constituyan una obra original.” Como se puede apreciar, al igual que lo que sucede en nuestro TRLPI, la Ley italiana no da una definición del concepto de transformación o elaboración, sino que se limita a enumerar de forma ejemplificativa²⁸⁵ una serie de supuestos que pueden ser considerados como tal. A su vez, el artículo 18 de la misma Ley italiana establece que el derecho exclusivo de traducir que corresponde al autor tiene por objeto la traducción de la obra en otra lengua o dialecto, y el derecho exclusivo de elaborar comprende todas las formas de modificación, de elaboración y de transformación de la obra previstas en el artículo 4 de dicho cuerpo normativo.

Por último, en lo que al Derecho internacional se refiere, merece ser destacado tanto el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, que resalta por haber mostrado un serio interés en relación con las obras derivadas, como la Convención Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952, que señala en su artículo V que *“los derechos mencionados en el artículo I comprenden el derecho exclusivo de hacer, de publicar y de autorizar que se haga y se publique la traducción de las obras protegidas por la presente Convención”*.

Asimismo, según apunta LÓPEZ SÁNCHEZ, también ocupan un lugar destacado las Directivas europeas que paulatinamente han ido incorporándose a los ordenamientos de

²⁸⁵ Sobre la interpretación no taxativa de este listado de obras que establece el artículo 4 de la referida Ley italiana, véase AMMENDOLA, M., “Commentario al art. 4, Legge 22 aprile 1941, n. 633”, en MARCHETTI, P. y UBERTAZZI, L.C. (coord.), *Commentario breve alla Legislazione sulla proprietà industriale e intellettuale*, Padova, 1987, Pág. 450.

los Estados miembros. En este contexto, destaca la Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. En ella no se hace referencia al derecho de explotación ni tampoco al derecho moral, pero sí a la parodia (límite por excelencia del derecho de transformación), al señalar en su artículo 5, dedicado a las “excepciones y limitaciones”, apartado 3º que “*los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: ...k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche.*”²⁸⁶

2.6. Diferencia entre el derecho moral a la integridad de la obra y el derecho de transformación

Existe una marcada tendencia a confundir el derecho de transformación con el derecho moral a la integridad de la obra. En este sentido, entendemos que no ha de existir tal confusión ya que ¿para qué se necesita entonces un derecho exclusivo de transformación, si ya de por sí toda modificación de la obra estaría prohibida? Y a la luz de lo anterior, al ceder el derecho de transformación de la obra, ¿no estaría en cierto modo renunciando el autor a su derecho de integridad de la obra, que el artículo 14 del TRLPI declara tajantemente como irrenunciable e inalienable? En este sentido,

²⁸⁶ Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, Págs. 31 y 32. La referida autora en una nota al pie a este respecto nos señala que como en la Directiva no se hace referencia ni al derecho moral ni al derecho de transformación, no se han modificado los artículos del TRLPI que nos ocupan. La alusión a la parodia ha de entenderse en el sentido de que aquellos ordenamientos que aún no la regulan así lo hagan, como por ejemplo Italia y Alemania. Como veremos más adelante, España la regula en el artículo 39 del TRLPI, si bien es cierto que sólo se refiere a la parodia pero no al pastiche ni a la caricatura. Sólo en el Derecho francés se incluyen las tres figuras, aunque la generalidad de la doctrina, de forma acertada o no, ha criticado esta triple clasificación prefiriendo una interpretación más amplia del término parodia, comprensiva de las otras dos figuras. Por ello, no se entiende muy bien por qué el legislador europeo ha reproducido la norma francesa, a pesar de las críticas recibidas.

compartimos la posición de ciertos doctrinarios, dentro de los que destaca BERCOVITZ, G., cuando establecen que el derecho de transformación permite al autor negociar la incorporación, utilización en definitiva, de su obra o de elementos de la misma, a otras obras, y que el de integridad, por su parte, protege exclusivamente la percepción del público de la primera obra. Según el referido autor, si se distingue claramente la primera de la segunda, el único derecho afectado es el de transformación. Este es un derecho alienable, renunciable, negociable en definitiva. Mientras que el derecho a la integridad no lo es; permanece siempre en manos del autor o, en su defecto, en manos de los sujetos a los que se refieren los artículos 15 y 16 del TRLPI, para la tutela de la imagen pública de la obra inicial. En cualquier caso, el primer autor no tiene un derecho a que las obras que se realicen tomando la suya como punto de partida conserven a su juicio el mismo espíritu de la primera. Si ha negociado la incorporación de elementos de la suya a otras obras, debe razonablemente asumir que no existirá identidad. No tendrá un derecho de veto en virtud de su derecho de integridad; sólo en casos objetivos, en los que la nueva obra se identifique con la suya y la perjudique, podrá oponer su derecho moral. La percepción de la paternidad de la nueva obra por el público será fundamental.²⁸⁷

De esta manera parece entenderlo igualmente la jurisprudencia cuando a tales efectos viene a establecer lo siguiente: *“Para que se entienda violentado el derecho del autor al respeto de la integridad de su obra, tanto si consiste en un ejemplar único, como si es repetible, resulta necesario, por imponerlo el artículo 14.4º LPI (que amplía la previsión contenida en el artículo 6 bis.1 del Convenio de Berna), que la deformación, la modificación o la alteración suponga un perjuicio a los legítimos intereses del autor*

²⁸⁷ Vid. BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 273-275.

o menoscabe su reputación. A diferencia de lo que sucede con la violación del derecho patrimonial a la transformación, para que se produzca la de este derecho moral no es preciso que el resultado de la deformación, modificación o alteración sea una obra nueva.

Sin embargo, es necesario que se produzca con ella la lesión de los legítimos intereses o reputación del autor. Por ello, siendo diferentes los bienes protegidos en los artículos 14.4º y 21 LPI, no resulta contradictorio negar la lesión del derecho patrimonial por falta de prueba de la creación de la obra diferente y afirmar la del derecho moral, con tal que se demuestre la realidad de la deformación, modificación o alteración y la lesión de los bienes a que se refiere la norma (es claro, por otro lado, que el que los autores de la obra hubieran cedido el derecho patrimonial de transformación no justifica aplicar otro criterio).²⁸⁸

Una vez sentado lo anterior, el problema reside en determinar en concreto qué tipo de modificación o alteración de la obra perjudica los intereses legítimos del autor y menoscaba su reputación. En esos casos entendemos que “deberá atenderse a la opinión del propio autor, de los expertos, de los círculos interesados y del público en general.”²⁸⁹

2.7. De la autorización del autor de la obra preexistente

Al estudiar el derecho de transformación es importante plantearse la siguiente pregunta: ¿el derecho exclusivo del autor implica la ilicitud desde el mismo momento de creación

²⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 12/2004, de 9 de enero de 2004, [JUR 2004\52542].

²⁸⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, Págs. 35 y 36.

de la obra derivada; o la ilicitud surge con su explotación o divulgación? En este sentido, tal y como veremos más adelante en el presente estudio, entendemos que debemos ceñirnos al tenor literal del artículo 21 del TRLPI, el cual en conexión con el artículo 17 del mismo cuerpo normativo, parece indicar que ya la propia transformación estaría sujeta a la autorización del autor. Según apunta BERCOVITZ, G., el autor tiene el derecho exclusivo de transformación; y el artículo 21, como hemos visto, define transformación refiriéndose al acto en sí: la modificación en su forma “*de la que se derive una obra diferente*”. Es decir, aquí “transformación” no se refiere a la obra resultante del acto, sino al acto en sí mismo. Se distingue de la obra resultante, que “*deriva de ella*”.²⁹⁰ Por ende, en principio, sería oportuno distinguir entre la creación de la obra derivada y su posterior explotación, requiriéndose de autorizaciones distintas para cada uno de estos actos.

Sin embargo, una parte de la doctrina sostiene que la ilicitud de la obra derivada no surge con su creación, sino con su ulterior explotación o divulgación, amparándose para ello en la libertad de creación que proclama el artículo 20.1.b) de la Constitución española.²⁹¹ No obstante, como veremos más adelante, no podemos estar de acuerdo con dicho sector de la doctrina ya que entendemos que la transformación en nuestro Texto Refundido se sistematiza como derecho de explotación, figurando en el último supuesto

²⁹⁰ BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 259.

²⁹¹ En este sentido, vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 21”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 124, quien se expresa diciendo: “..., el titular del derecho de transformación –el autor o causahabientes- puede autorizar o prohibir las transformaciones de la obra, pero no puede impedir que otros las hagan sin propósito de explotarlas o difundirlas. Está claro que la libertad de expresión e investigación prevalecen sobre el monopolio del titular del derecho, que no alcanza los usos privados. En consecuencia, la infracción del derecho de transformación de una obra no consiste en la, por ejemplo, traducción o adaptación no autorizada de una obra, sino en la explotación no autorizada de la misma. No se puede impedir que una persona traduzca o adapte una obra ajena. Lo que se puede impedir es su uso colectivo o comercial.” A favor de esta postura, entre otros, también se muestra VENTURA VENTURA, José Manuel, *La edición de obras musicales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, Pág. 84.

de los señalados por el artículo 17 y correspondiendo su ejercicio exclusivo al autor, previendo que de no llevarse a cabo por él mismo no podrá ser realizado sin su autorización,²⁹² con excepción de las previsiones legales.²⁹³ Así pues, la transformación hecha sin permiso del autor de la obra originaria, constituye en sí misma una violación de los derechos de autor.

Esto queda claramente corroborado por una reciente Sentencia del Juzgado Mercantil número 5 de Madrid, en cuyo caso se debatía, entre otras cosas, sobre si los denominados “ringtones” o tonos de llamadas, podían ser o no considerados como obras derivadas y si la inclusión sin autorización de tales tonos de llamadas en la base de datos del operador de ringtones constituía o no un acto de transformación que infringía los derechos de propiedad intelectual del titular de derechos sobre las obras primigenias. En este sentido, la referida Sentencia se pronunció de la siguiente manera: “*Estando en presencia de una base de datos original, **para la incorporación de los tonos de llamada es necesaria la autorización previa del titular de las obras preexistentes, al tratarse de una transformación, titular que es la actora, por lo que al no haberla obtenido la demandada su conducta infringe los derechos de propiedad intelectual de aquella.***”²⁹⁴

Así pues, según la referida Sentencia, el sólo hecho de incorporar los tonos de llamada en una base de datos es en sí mismo un acto de transformación, y si para llevar a cabo tal inclusión no se pidió previamente autorización al titular de los derechos de las obras preexistentes, entonces, estamos ante una vulneración de los derechos de propiedad intelectual de éste último. Y es que, *cierto es que el derecho de autor sobre la obra adaptada o transformada corresponde al autor de tal adaptación, pero no lo es menos*

²⁹² No en vano los artículos 9, 11 y 21.2 agregan la coletilla que indica que los derechos pertenecen a quien transforma “*sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente*”.

²⁹³ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 292.

²⁹⁴ Sentencia núm. 110/08 del Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid, de fecha 4 de noviembre de 2008.

*que éste no cabe que sea realizado sin permiso del autor de la obra que se transforma, titular del derecho de transformación.*²⁹⁵

Ahora bien, como señala PÉREZ DE CASTRO, ello no significa que el autor de la obra primigenia sea autor de la resultante o que el autor de esta última no ostente la titularidad sobre ella (y a él se reconduzcan los derechos de explotación y morales), sino que, al ser una obra derivada se requiere que el primer autor, además de consentir la transformación, consienta igualmente la reproducción, distribución, comunicación pública y posterior transformación, en su caso, de la obra transformada en la que está integrada su obra. Una vez que esto acontece, cobra total autonomía el autor de la obra transformada, dejando siempre a salvo los derechos morales.²⁹⁶

Esta posición que, como hemos dicho, para una parte de la doctrina parece un tanto desatinada, es a nuestro juicio la más acertada y, de hecho, se practica en otros países, como por ejemplo Alemania, en donde, como hemos visto, según el artículo 23 de su Ley de derechos de autor cuando se trate de la adaptación cinematográfica de una obra, de la realización de planos o bocetos de obras de artes plásticas o de la reproducción de una obra de arquitectura, la realización de la transformación o modificación en sí misma (y no sólo de su explotación) requerirá el consentimiento del autor de la obra preexistente. Queda claro que dicha legislación sólo se refiere a tipos concretos de obras transformadas, pero no puede negarse que hace una clara distinción entre lo que supone el acto de transformación en sí y la explotación de los resultados del mismo. Así, parece evidente que el legislador germano ha tenido en consideración que el transformar una obra implica el nacimiento de otra que tendrá vida propia y que no es descabellado

²⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de marzo de 2001 [AC 2001/1543].

²⁹⁶ Vid. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001, Pág. 137.

inferir que quien se da a la tarea de crearla tiene la posibilidad latente (y probablemente la intención) de explotarla. No obstante, para determinados casos (quizás los que entendía más problemáticos), el legislador alemán no espera a que la explotación ilícita se lleve efectivamente a cabo para requerir el consentimiento del autor de la obra preexistente, sino que, de una forma práctica y a nuestro juicio acertada, lo exige antes del inicio del proceso de transformación.²⁹⁷

En lo que se refiere a nuestro ordenamiento, tal requisito se configura a nuestro juicio como de carácter absoluto y en relación a todas las obras derivadas y/o compuestas. Así, sólo es posible proceder a una transformación (u otra apropiación indirecta) de la obra preexistente si se ha obtenido previamente el consentimiento de su autor o se encuentra la misma en el dominio público. Y es que, como bien apunta MARCO MOLINA, en este punto, la vigente Ley española se ha mantenido fiel a los propios antecedentes,²⁹⁸ de manera que entre nosotros, insistimos, no sólo una ulterior explotación de la obra producto de la transformación, sino ya la propia realización de la transformación está supeditada al consentimiento del autor de la obra así utilizada.²⁹⁹

Y ello es así porque, a diferencia de los otros derechos de explotación que contempla el TRLPI -distribución, reproducción y comunicación pública-, que por su naturaleza sólo

²⁹⁷ A este respecto, MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Págs. 358, partidaria de la necesidad de dos autorizaciones distintas sostiene que “ya la propia realización de la transformación debe quedar sujeta a la necesidad de autorización, aunque sólo sea porque habrá que presumir que quien asume el esfuerzo e incluso los costes que puede comportar tal actividad es porque quiere a continuación explotar el producto de la misma. Este es el razonamiento que mueve al legislador alemán a regular la filmación de una obra como transformación cuya realización sí requiere, en cambio, la autorización del autor de la obra filmada.”

²⁹⁸ En este sentido el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 en sus apartados 2º y 3º establecía lo siguiente: “2. *La propiedad intelectual corresponde: [...] Segundo. A los traductores respecto de su traducción, si la obra original es extranjera y no lo impiden los Convenios internacionales, ó si siendo española ha pasado al dominio público, ó se ha obtenido en caso contrario el permiso del autor.* Tercero. *A los que refunden, copian, extractan, compendian ó reproducen obras originales respecto de sus trabajos, con tal que siendo aquellas españolas se hayan hecho estos con permiso de los propietarios.*”

²⁹⁹ Vid. MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Págs. 355-357.

requieren una autorización por parte del titular de los derechos, la explotación del derecho de transformación requiere dos autorizaciones distintas. En efecto, una vez realizada la distribución, reproducción o comunicación pública de que se trate, la explotación de la obra es ya un hecho manifiesto. Sin embargo, para la transformación o bien la incorporación de una obra en otra, es necesario que se susciten dos hechos distintos, pues además de una explotación conlleva una actividad creativa, lo que requerirá, a su vez, una autorización diferente para cada uno de estos actos.

Y esto, desde luego, no nos parece para nada una idea descabellada o infundada, cuando ya el propio Convenio de Berna en su artículo 14.1 distingue estos dos derechos al establecer lo siguiente: *“Los autores de obras literarias o artísticas tendrán el derecho exclusivo de autorizar: 1º) la adaptación y la reproducción cinematográficas de estas obras y la distribución de las obras así adaptadas o reproducidas; 2º) la representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas.”* Como se puede apreciar, el referido artículo, aunque sólo haga referencia a la adaptación y a la reproducción cinematográfica, hace evidente que una cosa es la adaptación de una obra —es decir, su transformación— y otra muy distinta es su reproducción, distribución, representación, ejecución pública o transmisión de la misma.³⁰⁰

La necesidad de estas dos autorizaciones queda además evidenciada por el artículo 89.1 del TRLPI relativo a la presunción de cesión en caso de transformación de obra preexistente en materia de obras audiovisuales, cuando establece lo siguiente:

³⁰⁰ Situación parecida se presenta en el artículo 99 de nuestro TRLPI cuando al efecto establece lo siguiente: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100 de esta Ley los derechos exclusivos de la explotación de un programa de ordenador por parte de quien sea su titular con arreglo al artículo 97, incluirán el derecho de realizar o de autorizar: [...] b) la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador.”*

“Mediante el contrato de transformación de una obra preexistente que no esté en el dominio público, se presumirá que el autor de la misma cede al productor de la obra audiovisual los derechos de explotación sobre ella en los términos previstos en el artículo 88.” Evidentemente el legislador con este artículo nos quiere dejar dicho que si en el contrato en el que se autoriza a realizar la transformación de una obra preexistente no se especifica que los derechos de explotación sobre el resultado de la transformación quedan a su vez cedidos, entonces la Ley presume esa transmisión. Por lo tanto, como hemos dicho, tenemos que hablar de dos autorizaciones distintas: una para transformar y otra para explotar dicha transformación. Claro que, ante tal perspectiva, probablemente los más escépticos sostengan que, precisamente porque no es necesario pedir autorización para llevar a cabo la transformación es por lo que el artículo 89 establece esta presunción en cuanto a la explotación de la obra resultante. No obstante, a nuestro juicio, si ese fuera el espíritu de la Ley, nos encontraríamos ante una redundancia del todo innecesaria: si cuando se contrata en relación al derecho de transformación queda claro que lo único cubierto por dicho acuerdo es la explotación de la obra resultante, parece evidente que no es necesario que el artículo 89 lo repita.³⁰¹

Por otra parte, los detractores de la postura que aquí se defiende se basan, asimismo, en lo dispuesto por el artículo 270 del Código Penal.³⁰² Y es que, en efecto la citada norma establece una pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses a quien, *“con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie,*

³⁰¹ A este respecto, bien pudiera sostenerse de contrario que es necesario que el artículo 89 se pronuncie al respecto puesto que el mismo establece que la presunción de cesión es únicamente en los términos del artículo 88, esto es, abarcando unos derechos concretos: la reproducción, distribución y comunicación pública de la obra resultante y excluyendo, en todo caso, a una posterior transformación. Ahora bien, si seguimos la teoría que sostiene que el hecho de transformar en sí mismo no requiere autorización, pues el artículo 88 no tendría por qué incluirlo dentro de su enunciado de todas formas y nos encontraríamos con la misma redundancia.

³⁰² Así, por ejemplo, BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 21”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 124.

distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación...”. Así, el referido artículo parece indicar que la infracción penal no consiste en el hecho de transformar en sí mismo,³⁰³ sino en explotar el producto de esa actividad.

Ahora bien, a pesar de que entendemos esa afirmación como razonable, a nuestro juicio, ello no es óbice para que, aún no siendo constitutiva de delito, la actividad de transformar sí pueda constituir una infracción civil de la Ley de Propiedad Intelectual y que, en caso de que se tenga conocimiento de que tal actividad se está llevando a cabo, se puedan interponer las medidas cautelares establecidas en el artículo 141 del TRLPI. Y es que, piénsese, por ejemplo, en una reconocida productora audiovisual que tenga la intención de adaptar al cine una obra literaria de algún escritor cualquiera. Imaginemos, asimismo, que en la confianza de tener fama internacional y de un sinnúmero de recursos entienda la referida productora que la autorización del escritor no es necesaria o que puede esperar puesto que no es factible que éste último se muestre contrario a la producción. Pensemos ahora en que, por la razón que sea, el indicado escritor no desea que su obra sea adaptada al cine o que ya tenga apalabrado algún otro contrato con otra casa productora y se entera de que su obra está siendo transformada sin su autorización. ¿Tendrá que esperar el autor que la obra llegue a las salas de cine y que sea efectivamente explotada para poder iniciar cualquier tipo de acción en el entendido de que el hecho de transformar en sí mismo no constituye una infracción? A nuestro juicio,

³⁰³ En contra, VEGA VEGA, José Antonio, *Protección de la propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2002, Pág. 286, quien sostiene que “...no consideramos acertada esta omisión en el tenor del artículo 270 del CP, y como cuestión de lege ferenda sería preferible que se castigase como una conducta propia del tipo básico la transformación de la obra o de la interpretación o ejecución artística sin la autorización del titular.” Aunque estamos de acuerdo parcialmente con la opinión de este autor, puesto que entendemos que efectivamente el artículo 270 debía de cubrir a la transformación en sí misma, no estamos de acuerdo con lo dicho sobre la transformación de la “interpretación o ejecución artística”, ya que, como sabemos la transformación sólo se predica sobre obras.

este no puede ser en ningún caso el espíritu de nuestro TRLPI,³⁰⁴ y nos reiteramos en lo ya dicho hasta ahora: “sólo es posible proceder a una transformación (u otra apropiación indirecta) de la obra preexistente si se ha obtenido previamente el consentimiento de su autor o se encuentra la misma en el dominio público.”³⁰⁵

Claro que, igualmente, los detractores de esta posición bien podrían señalar que para interponer medidas cautelares no es necesario que estemos ante una infracción de derechos en sí misma, sino que, según el tenor literal del artículo 141 del TRLPI bastaría con que existiera temor racional y fundado de que este va a producirse de forma inminente. De manera que, en casos como el del ejemplo anteriormente indicado, para este sector de la doctrina las medidas cautelares podrían interponerse pero no porque se esté cometiendo una infracción, sino por que existe el temor de que la misma va a producirse en el futuro, suponiendo que la obra transformada va a ser explotada una vez termine el proceso de transformación. Ahora bien, a nuestro juicio, apoyar esta postura sería como afirmar que el titular de los derechos sobre la obra preexistente tendrá que esperar de todas formas a que la transformación se encuentre en un estado avanzado de producción (o bien ya concluida), puesto que hasta tanto no se tengan medios certeros de que la explotación va a ocurrir (publicidad, preestrenos, notas de prensa que indiquen la fecha de lanzamiento, etc.) no podrá hacer nada al respecto. Más aún, visto desde este

³⁰⁴ Ejemplos de este tipo se nos ocurren muchos. Piénsese igualmente en el autor de alguna obra literaria de ficción (como por ejemplo “El Señor de los Anillos”) que se entera que existe una editorial que está desarrollando una especie de enciclopedia en la que se describen cada uno de los personajes, lugares y demás elementos de la obra y en la que se hace un resumen de la historia. ¿Tiene que esperar realmente el autor que la obra derivada llegue a las librerías, con el consecuente daño que ello puede significar? Ello no parece tener mucho sentido. A este respecto, cabe destacar que en los Estados Unidos se presentó un caso exactamente igual al aquí descrito en el que, en efecto, se entendía que una obra denominada “The Harry Potter Lexicon” en la que se resumían las historias de Harry Potter, y se describían todos los personajes, hechizos, lugares, monstruos y demás, era en realidad una obra derivada y no cabía dentro de la excepción del fair use [Warner Bros. Entertainment et al v. RDR Books et al (575 F.Supp.2d 513)]. Para un estudio detallado del caso véase WANT, Robert, *Harry Potter and the Order of the Court: The J.K. Rowling Copyright Case and the Question of Fair Use*, Nationcourts.com, 2008.

³⁰⁵ MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 355.

punto de vista, en el supuesto de que se interpongan medidas cautelares durante el proceso de transformación y las mismas se concedan, ello en realidad no tendría mucho sentido, puesto que en todo caso, lo único que podría impedirse sería la explotación, pudiendo los transformadores concluir tranquilamente el proceso de producción puesto que ello en sí mismo no se consideraría una actividad ilícita. Ello, evidentemente, implicaría la generación de una nueva propiedad intelectual, susceptible también de protección y con derechos independientes; sería, en definitiva, una obra nueva, creada a partir de otra anterior sin la previa autorización del titular de derechos de esta última, quien, por lo demás, no tuvo la oportunidad de hacer nada para impedirlo.³⁰⁶

Para mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que quienes sostienen que la transformación sin explotación no requiere autorización puesto que se hace para fines privados tiene, a nuestro entender, otro inconveniente significativo. Y es que ninguno de los límites a los derechos de explotación establecidos en los artículos 31 a 40 del TRLPI se refiere a este extremo. En efecto, así como la reproducción encuentra un límite en específico para cuando la misma se lleve a cabo para uso privado del copista, el derecho de transformación no encuentra una estipulación similar dentro de la Ley de Propiedad Intelectual, lo que debe tomarse especialmente en cuenta, sobre todo porque, como se verá más adelante, el listado de excepciones a los derechos de autor en nuestra legislación es exhaustivo.

³⁰⁶ Pero más aún, imaginemos por un momento que el titular de la obra preexistente, sabiendo de forma fehaciente que se está llevando a cabo la transformación de su obra, no hace nada por impedir la creación de la obra derivada en el entendido de que no tiene derecho para ello; en el supuesto de que el creador de esa obra derivada espera para explotarla cinco años, ¿hasta qué punto el creador de esa transformación no podrá alegar que han prescrito las acciones para evitar la explotación? A nuestro juicio, bien pudiera alegarlo y bien pudiera resultar victorioso con tal argumentación. Después de todo, en un caso como en el del ejemplo, durante cinco años el autor primigenio ha sabido de la existencia de una obra derivada de la suya y no la ha objetado en forma alguna. De ahí, que argumentar que la creación en sí misma de la obra derivada no es susceptible de protección resulta, a nuestro juicio, bastante peligroso.

De esta manera, nos reiteramos en nuestra postura y entendemos que cuando hablamos de transformación, será necesario recabar la autorización del autor de la obra preexistente tanto para su creación como para su posterior explotación.

Sentado lo anterior, cabría finalmente preguntarse si una vez realizada una obra derivada o compuesta sin que medie tal consentimiento, la misma es o no protegible por nuestra legislación. A este respecto, algunos doctrinarios se oponen a tal protección sosteniendo que no se debe proteger la obra que siendo transformación de otra existente, se realiza sin la obtención de la debida autorización por el autor de la original. Así, aunque este sector de la doctrina reconoce que los supuestos de obra ilícita están muy restringidos por el artículo 20.1.b) de la Constitución española (que establece el derecho de libertad de expresión), afirma su ilicitud si contraviniese, por ejemplo, las disposiciones comprendidas en la Ley de Propiedad Intelectual.³⁰⁷

En contra de tal postura se muestra otro sector de la doctrina, con el cual concordamos, que sostiene que la mediación de este consentimiento en la realización de las obras derivadas o compuestas no conlleva su falta absoluta de protección, sino que, la obra derivada –y compuesta- existirá con independencia de ese consentimiento, siempre que la obra tenga originalidad suficiente, sin perjuicio, claro está, de que el titular del derecho de explotación violado ejerza las acciones pertinentes. En consecuencia, las obras compuestas o derivadas en tales casos estarán protegidas frente a una utilización ajena, pero no podrán ser libremente explotadas en público.³⁰⁸

³⁰⁷ PLAZA PENADES, Javier, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de octubre de 1992”, en RGD, núm. 583, 1993, Págs. 3027 y 3028.

³⁰⁸ Vid. VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, Págs. 331 y 332, quien concuerda en esta opinión con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 201 y 202. En sentido similar se expresa MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 359, cuando sostiene que a diferencia de lo que, en general, está previsto para las actividades de

2.8. *El derecho de transformación a la luz de los artículos 348 y siguientes del Código Civil*

Dicho todo lo anterior, entendemos necesario hacer un alto para estudiar brevemente el derecho de transformación desde el punto de vista de la propiedad tal y como se establece en el Código Civil ya que, a nuestro juicio, esto servirá para comprender mejor los fundamentos de esta figura.

Hemos visto hasta ahora que en materia de derechos de autor la propiedad sobre la obra se adquiere de forma inmediata por la persona quien la crea desde el mismo momento en que dicha obra es expresada en cualquier medio. Según el artículo 348 del Código Civil “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Luego, el mismo código en artículos posteriores pasa a describir la propiedad en general, las distintas formas de adquirirla, así como las obligaciones y derechos del propietario. Así, nos encontramos con un artículo 353 que establece lo siguiente: “*La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente.*” Es decir, que la accesión es una forma de adquirir la propiedad³⁰⁹ en la que el propietario de un bien adquiere lo que se une o adhiere materialmente a él.³¹⁰ De esta manera, según el mismo

explotación no pueden negarse derechos a quien procede a una “transformación” (puesto que ésta, además de forma de explotación, es una actividad de entidad creativa) por el solo hecho de no haber obrado en ejercicio de una previa autorización del autor de la obra utilizada.

³⁰⁹ No existe ninguna referencia a esta figura en la relación de modos de adquirir la propiedad establecida en el artículo 609 del Código Civil, sin embargo, esto no afecta a su condición propia de modo de adquirir las cosas accesorias incorporadas a la principal.

³¹⁰ En materia de accesión respecto de bienes inmuebles, el Código Civil español establece lo siguiente: “Artículo 358.- *Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes.* Artículo 359.- *Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario.* Artículo 360.- *El propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y, si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. El dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras*

código, cuando se realice una edificación en terreno ajeno, existen dos regímenes teniendo en cuenta la buena o mala fe, ya sea del propietario del suelo o del invasor. Cuando éste edifica de buena fe en terreno ajeno, el propietario del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado y pagar por ello; u obligar al invasor a que le pague el terreno. Cuando el invasor edifica de mala fe en terreno ajeno, el propietario del suelo tiene dos alternativas: exigir la demolición de lo edificado, si le causa perjuicio, y el pago de una indemnización; o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor.³¹¹

ejecutadas. Artículo 361.- El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente. Artículo 362.- El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización. Artículo 363.- El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró. Artículo 364.- Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse.”

³¹¹ Así lo explica claramente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 267/2007 (Sección 21ª), de 16 de mayo de 2007 [JUR 2007\200373] cuando establece que: “Para que se produzca el fenómeno jurídico de la accesión es imprescindible que existan dos cosas pertenecientes a distintos dueños, las cuales hubieran quedado unidas de tal manera que pasaran a formar un todo inseparable. En este caso, debe calificarse a una de las dos cosas como "principal" y a la otra como "accesoria", ya que, en virtud de la accesión, el dueño de la cosa principal deviene propietario de la accesoria y el dueño de la accesoria pierde la propiedad de ésta. De ahí que la accesión sea, para el dueño de la cosa principal, un modo de adquirir el dominio de la cosa accesoria, y, para el dueño de la cosa accesoria, un modo de perder su dominio. [...] El Código Civil, en su artículo 358, consagra un principio de carácter general, cual es que la tierra es lo principal y lo construido y edificado lo accesorio. Y, la aplicación rígida e incondicional de este principio, conduciría a que, por mor de la accesión, el dueño del suelo devendría, en todo caso, propietario de lo construido o edificado, mientras que el dueño de lo construido o edificado perdería su propiedad. Pero ello no es así, ya que, el reseñado principio de carácter general, aparece desarrollado en los siguientes preceptos del Código Civil (artículos 361, 362, 363 y 364). [...] El concreto régimen jurídico que desarrolla el principio de que el suelo es lo principal y lo construido o edificado lo accesorio se fundamenta en dos conceptos básicos: [...] Y, sobre estos dos conceptos básicos se distinguen tres supuestos: **Primero:** Buena fe del tercero y buena o mala fe del dueño del suelo (artículo 361 del Código Civil). En este caso no se atribuye directamente la propiedad de lo construido al dueño del suelo. Por el contrario, al dueño del suelo, sólo se le concede un derecho de opción entre: a) Hacer suyo lo construido previa la indemnización del los artículos 453 y 454 del Código Civil [...] b) O, en su lugar, obligar al que construyó a la compra del suelo. [...] **Segundo:** Mala fe del tercero y mala fe del dueño del suelo (artículo 364 párrafo primero del Código Civil). En este caso se aplica la misma e idéntica disciplina jurídica expuesta en el supuesto anterior. **Tercero:** Mala fe del tercero y buena fe del dueño del suelo (artículos 362 y 363 del Código Civil). En este caso el dueño del suelo adquiere de inmediato la propiedad de lo construido, sin necesidad de pagar suma alguna de dinero al tercero, dueño de lo construido.”

Esto es lo que predica el Código Civil para la accesión sobre bienes inmuebles, y con cierta similitud se expresa con relación a los bienes muebles. Ahora bien, con relación a estos últimos resulta interesante, a los fines de este estudio, lo dispuesto en los artículos 381 y 382 en los que se establece que cuando se mezclan o confunden dos cosas de igual o diferente especie, o si la mezcla se verifica por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas.

Así visto, probablemente el lector se preguntará qué relación existe entre el derecho de accesión y el derecho de transformación de una obra de carácter intelectual. Y hemos de decir que existe una relación inmensa. Recordemos que el Código Civil es la norma básica en materia de derechos reales, dentro de los que se circunscribe la propiedad, y que los derechos de autor, reconocidos como propiedad especial, no dejan, pues, de regirse de forma supletoria por el referido Código.³¹² De esta manera, si transponemos analógicamente el derecho de accesión a la materia de propiedad intelectual, sobre todo en lo que respecta a la accesión de bienes muebles, nos daremos cuenta de que lo que resulta es una figura bastante similar a la transformación tal y como la entendemos hoy.

En definitiva, comparativamente con la accesión de bienes inmuebles vemos que la semejanza es clara: una obra preexistente (el terreno) la cual se modifica o a la que se le incorpora otra obra (una edificación o un sembradío), y sobre ese nuevo conjunto el propietario de la obra preexistente debe de poder tener algún tipo de control económico (el pago del terreno o la renta correspondiente por la siembra).

³¹² Lo anteriormente dicho concuerda con lo establecido en el artículo 429 del Código Civil que establece que: *“La Ley sobre propiedad intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En los casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad.”*

Lo mismo sucede, y aún de manera más clara, si vemos el asunto desde el punto de vista de la confusión de bienes muebles a la que hacíamos alusión anteriormente con relación a la accesión de bienes muebles: en el caso del derecho de transformación existen dos aportaciones distintas (una originaria y otra posterior) que se confunden en una sola, y sobre ese resultado el autor de la obra preexistente debe de recibir una remuneración proporcional a su aportación. Ahora bien, evidentemente que no todos los supuestos de la accesión le serán aplicables al fruto de una transformación, pero para fines de estudio, la figura de la accesión resulta muy ilustrativa.

3. LAS OBRAS DERIVADAS

El término obra derivada³¹³ es el nombre con el que denomina la doctrina a la obra intelectual que procede de otra u otras anteriores.³¹⁴ Sin embargo, no es fácil ofrecer un concepto de obra derivada. Parece que con la misma se alude a una creación con sustantividad o singularidad propia, pero a la que se llega a partir de una obra preexistente con la que aquella guarda una estrecha relación de influencia.³¹⁵

Algunos textos legislativos se ocupan de definir a esa obra originaria o anterior como *“la primigeniamente creada”* y a la derivada como *“la basada en otra ya existente, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria y de la respectiva autorización, y cuya originalidad radica en el arreglo, la adaptación o transformación de la obra preexistente, o en los elementos creativos de su traducción a un idioma*

³¹³ Este término propiamente dicho de “obra derivada” no aparecía recogido expresamente en la ley de propiedad intelectual hasta la entrada en vigor del TRLPI, el cual puso título a cada precepto de la Ley.

³¹⁴ Vid. V.V.A.A., *Glosario de derechos de autor y Derechos conexos*, OMPI, Ginebra, 1981, Pág. 71.

³¹⁵ ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 89.

distinto”.³¹⁶ En sentido similar se expresa la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos, cuando establece que “*una obra derivada es aquella basada en una o más obras preexistentes, como la traducción, el arreglo musical, dramatización, ficcionalización, versiones de películas, grabaciones de sonidos, reproducción artística, abreviación, condensación, o cualquier otra forma en la que una obra pueda ser modificada, transformada o adaptada. Las obras que consisten en revisiones editoriales, anotaciones, elaboraciones u otras modificaciones que, como un todo, representen una obra de autoría original, son obras derivadas.*”³¹⁷

Y es que, según señala RODRÍGUEZ TAPIA, cuando hablamos de obras derivadas se trata, en definitiva, de aquellas obras nuevas surgidas de transformar una anterior o de reproducirla, en todo o en parte, junto con otros elementos nuevos respecto de la obra preexistente. Lo que de original tenga la obra derivada podrá ser objeto de propiedad intelectual separada, siempre y cuando respete la obra originaria.³¹⁸

El artículo 11 del TRLPI se refiere a las obras derivadas en el sentido en que nos expresamos anteriormente, comenzando con la afirmación de que “*sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original*” también “*surgirá una propiedad de este orden sobre las obras que enuncia a continuación y que tendrán una naturaleza nacida de su manera de originarse, procediendo de otra anterior, cuya existencia es previa y determinante de esta posibilidad.*”³¹⁹ Así pues, según lo dispuesto en el referido artículo,

³¹⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Págs. 63 y 64.

³¹⁷ Véase en este sentido lo dispuesto en el artículo 17 U.S.C. §101

³¹⁸ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M. “Comentario al artículo 11”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 59.

³¹⁹ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 136.

sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra preexistente,³²⁰ también son objeto de propiedad intelectual las adaptaciones, traducciones, actualizaciones, antologías, resúmenes, extractos, arreglos, anotaciones y cualquier transformación de una obra anterior de la que resulta una obra diferente.³²¹ De ahí que, en definitiva, podamos definir la obra derivada como “la obra surgida de transformar una anterior o de reproducirla, en todo o en parte, junto con otros elementos nuevos respecto de la obra original, sin que, en ningún caso, la enumeración contenida en el artículo 11 suponga un *numerus clausus* de obras derivadas.”³²²

3.1. Generalidades

La obra derivada es una obra dependiente de la originaria en el sentido de que mantiene sus caracteres esenciales. Ello diferencia la obra derivada de la que únicamente se

³²⁰ Sobre esa protección al autor de la obra preexistente se expresa la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Madrid, de 12 de junio de 2006 [JUR 2006\183319], cuando establece lo siguiente: “En primer lugar, razona que el cometido que desarrolla no se agota en la mecánica reproducción de artículos periodísticos procedentes de otros medios, sino que lo que lleva a cabo es un trabajo de contextualización donde el artículo reproducido se ve enriquecido mediante comentarios y enlaces (links) a otras páginas que complementan su contenido informativo, circunstancia que le lleva a calificar su trabajo -se desconoce con qué clase de criterio diferenciador-, ora como obra “compuesta” (Art. 9 de la Ley de Propiedad Intelectual), ora como “obra derivada” (Art. 11), ora como obra “transformada” (Art. 21). Pero se trata de un argumento poco consistente porque, más allá de las posibles divergencias de criterio que puedan existir en torno a si ese denominado trabajo de contextualización comporta verdaderamente el nacimiento de una auténtica obra compuesta o derivada, lo cierto es que, en todo caso, la totalidad de los preceptos legales invocados (Art. 9, 11 y 21 LPI), después de reconocer derechos de propiedad intelectual al artífice de la composición, derivación o transformación, contienen una cláusula expresa destinada a preservar en todo caso los derechos de propiedad intelectual correspondientes al autor de la obra original de la que esos trabajos derivan (bien al autor genuino, bien al autor asimilado “ex” Art. 8, párrafo 2º respecto de las obras colectivas), de manera que la comunicación pública de los “extractos” y “resúmenes” a los que alude el Art. 11-3 LPI (obras derivadas) solo es posible si no perjudica (“..sin perjuicio de...” dice el precepto) los derechos del autor de la obra original extractada o resumida.”

³²¹ Como veremos más adelante en este mismo capítulo, la mayor parte de la doctrina sostiene que son obras derivadas lo mismo las colecciones de obras de otros autores (artículo 12 del TRLPI), que las generadas por otros mecanismos de transformación.

³²² ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 22.

inspira en otra anterior.³²³ “Hay obras que por su dependencia respecto de otra preexistente, carecen de sentido si no se divulgan conjuntamente: tal, las escenográficas, las coreográficas y ballet, que no lo tienen si no se divulgan con la obra teatral, dramático-musical o musical en que se inspiran o para las que han sido creadas. Esa limitación de los caracteres de la obra originaria implica que el nivel de exigencia de originalidad mínima de las obras derivadas no sea elevado; aunque, en todo caso, ello dependerá en buena medida de la obra originaria y del tipo de la derivada de que se trate.”³²⁴

Por lo tanto, de conformidad con lo señalado por DE ROMÁN PÉREZ, aunque sólo sea haciendo una valoración desde un punto de vista cuantitativo, cabe entender que la contribución que hace el autor de la obra nueva no requiere de tanta originalidad como la que se exige a una obra creada enteramente por su autor.³²⁵ Pero la requiere. Y es que, a pesar de que nuestro TRLPI no exige expresamente originalidad a la obra derivada, ni en el artículo 21 ni en el 11, está implícito tal requisito en que la derivada es obra protegida, y ésta viene definida en el artículo 10.1 como “*creación original...*”. Ahora bien, el determinar cuándo hay creación original, no deja de ser un problema en un

³²³ Esto se pone de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 6ª) núm. 356/2004, de 30 de junio de 2004 [AC 2004\1146], cuando establece que: “[...] en la documental obrante en autos, extraída fundamentalmente de entrevistas y declaraciones en prensa hechas por ella, y obtenidos vía Internet, constantemente hace referencia no sólo a la obra, sino, y ello es especialmente importante, al autor, no ya como fuente de inspiración sino refiriendo expresamente que la representación escénica es una adaptación de la obra; si de una mera idea o fuente de inspiración se tratase sería suficiente con citar la obra; es cierto que existen también declaraciones en las que se refiere a la obra literaria como simple fuente de inspiración, pero curiosamente viene a coincidir cronológicamente con las fechas en las que el conflicto entre las partes ya había surgido, y con las fechas en que se cambia de nombre a la representación. [...] Por último, y sin perjuicio de los indicadores analizados, también el propio contenido de la obra que aparece transcrito en los autos en su comparación con el guión escénico, pone de manifiesto, al contrario de cómo lo hace la sentencia, una serie de identidades que claramente y sin ningún género de duda revela que se trata de una adaptación y no una mera utilización de una idea aportada por la obra literaria.”

³²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 10” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 199.

³²⁵ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 77.

sistema jurídico como el nuestro que no concreta en qué consiste eso ni exige calidad determinada para que una obra sea protegida.³²⁶

Así, y según lo indica RODRÍGUEZ TAPIA, la originalidad de la obra derivada puede hallarse en la composición y en la expresión (como en las adaptaciones), sólo en la composición (como en las compilaciones y en las antologías), o sólo en la expresión (como en las traducciones). Asimismo, según tal autor, podríamos hablar de otros dos tipos de derivación: (i) la que se obtiene por reproducción con adiciones (actualización, anotación, compendio, extracto) y, (ii) la que se obtiene por transformación de la obra preexistente (traducción, adaptación, revisión, resumen, arreglo musical y cualesquier otra transformación de una obra literaria, artística y científica).³²⁷

Sobre la obra originaria la Corte Constitucional colombiana ha dicho que “...si bien puede afirmarse que cada versión de una misma obra es disímil, es lo cierto que, en esencia, la materia prima de toda reelaboración sigue siendo la misma: una única y original creación del espíritu”,³²⁸ fallo que no desconoce en nuestro criterio la originalidad y la protección de las obra derivadas, sino que destaca la autonomía de la obra primigenia y la necesaria autorización del autor de esta última para la realización de una derivada.³²⁹ Y es que, según lo señala el propio TRLPI, cuando la obra preexistente se encuentra en el dominio privado, es necesario que su autor autorice la realización de la obra derivada. En cambio, cuando la obra preexistente se encuentra en

³²⁶ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 435.

³²⁷ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 11” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 59.

³²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 3 de febrero de 1994. Extracto del texto de la misma en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Base de datos de Jurisprudencia del CERLALC*, en <http://www.cerlalc.org/jurisprudencia>, Bogotá, 1997.

³²⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Pág. 64.

el dominio público no es necesaria autorización alguna para realizar tales obras derivadas, ya que el derecho de transformación constituye un aspecto del derecho patrimonial del autor como bien lo indica el artículo 17 del referido cuerpo normativo. Y es que, en palabras de LIPSZYC, las obras derivadas que son el fruto del esfuerzo personal de su autor y presentan algún grado de creatividad, están protegidas sin perjuicio de los derechos del autor de la obra anterior. Como en la obra derivada se suman los elementos creativos tomados de la anterior y los aportados a la nueva obra, para su utilización es necesario contar con las autorizaciones del autor de esta y del autor de la obra preexistente.³³⁰

En cualquier caso, el principio es claro: “la nueva obra derivada surge con los mismos derechos para su autor que los de una obra que no derive de ninguna otra. Por tanto, en caso de transformación de la transformación, serán necesarios los distintos consentimientos en cadena: el del autor de la primera obra si ésta sigue siendo reconocible en la tercera o sucesiva; pero también el de la segunda, si la nueva obra no sólo se basa en la inicial, sino también en la segunda versión. No es lícito apelar en estos casos a la “mayor proximidad” de la obra; incluso si la nueva obra se parece más a la segunda que a la primera, es tributaria de la primera si ésta sigue todavía reconociéndose en la tercera. Y del mismo modo, aunque se pareciese más a la primera, el hecho de que tome algún elemento esencial de la segunda implicaría también la necesidad de obtener también la autorización del segundo autor. En definitiva, las relaciones entre los distintos autores se consideran en sí mismas, independientes.”³³¹

³³⁰ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Págs. 111-112.

³³¹ BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 262.

Un supuesto especial de transformación, -que la doctrina ha equiparado al concepto de obra derivada- lo constituye la incorporación material de una obra preexistente en una obra nueva por medio de sincronización. Como señalara SÁNCHEZ ARISTI, el término “sincronización” es empleado aquí para aludir al tipo de obras que resultan de incorporar en su seno una obra o parte de una obra musical anterior, sin alterar o transformar en absoluto su discurso expresivo, simplemente superponiendo sobre ella otras aportaciones creativas, habitualmente no pertenecientes al género musical.³³² Según el indicado autor, es cierto que, en sentido estricto, el concepto de sincronización, o derecho de sincronización, se reserva en el argot de la gestión colectiva de derechos de autor, para aquellos supuestos en los que un tema musical preexistente, que por tanto no ha sido compuesto específicamente para la ocasión, se incorpora a la banda sonora de una obra audiovisual. En sentido amplio, sin embargo, no habría obstáculo para hacer extensible la noción de sincronización, a todos aquellos casos en los que una pieza musical es directamente incorporada o insertada en otra obra posterior, sea ésta o no audiovisual.³³³ Pero eso sí, el antedicho autor señala que, para poder hablar de sincronización, la obra preexistente debe ser incorporada materialmente junto con otras obras, dentro de un conjunto expresivo mayor. No hay sincronización, ni por tanto transformación, sino sencillamente reproducción, cuando se incorpora una obra musical en una mera grabación audiovisual, o en un fonograma.³³⁴

³³² A nuestro entender, la sincronización es un supuesto que encaja de manera más específica dentro del concepto de obra compuesta que veremos más adelante. Sin embargo, al no existir grandes diferencias en cuanto al régimen jurídico aplicable a las obras derivadas en general y a las obras compuestas, entendemos necesario hacer esta salvedad dentro de este apartado, sin perjuicio de que en páginas posteriores se aborde nuevamente (Véase Capítulo Tercero apartado 5 del presente estudio).

³³³ Piénsese en un montaje escultórico o pictórico que se combina con la plasmación, gráfica o sonora, de una obra musical, o en una composición poética que se recita, o inclusive se fija fonográficamente, de manera simultánea a una pieza musical preexistente.

³³⁴ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 385 y 386.

Por último, y en otro orden de ideas, cabe resaltar que en la actualidad la mayor parte de la doctrina sostiene que la prestación de un artista intérprete o ejecutante no da lugar a un derecho de autor basado en la realización de una obra derivada.³³⁵ “La consideración como acto de transformación de las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, era tal vez explicable en estadios menos avanzados de la legislación sobre derecho de autor, pero carece de justificación desde el momento en que se produce el reconocimiento de derechos específicos de propiedad intelectual en favor de los mismos. Y es que, aunque para desempeñar su prestación el artista debe reunir unas aptitudes técnicas y realizar un esfuerzo intelectual considerables, eso no le convierte en creador de una obra, ni siquiera de carácter derivado. Y por mucho que la prestación de los artistas intérpretes o ejecutantes lleve siempre un sello personal o creativo, que está ausente desde luego en otras actividades igualmente protegidas por medio de derechos afines al de autor, no hay que perder de vista que su tarea es siempre auxiliar con respecto a la de los autores, desempeñando primordialmente una función de difusión o propagación de creaciones ajenas.”³³⁶

³³⁵ Para estudiar argumentos en contra de esta afirmación, véase RIVERO, Francisco, “Interpretación y obra derivada” en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, REUS, Madrid, 2004, Págs. 108-110. En resumen, el referido autor sostiene entre otros los siguientes argumentos a favor: “a) *Para que haya obra derivada... la resultante debe ser obra diferente de la preexistente. Pues bien: la interpretación o ejecución hace de la interpretada, en efecto, una obra diferente, en gran parte, al menos: en la misma medida que la traducción y a veces la adaptación... respecto de la obra originaria; porque hay modificación efectiva en la forma al pasar una obra preexistente del pentagrama o del texto escrito a la música escuchada o a la representación escénica, con vida física y estética distinta. [...] b) ... puede invocarse la proximidad... entre la interpretación de una obra musical o literaria hecha por un artista o ejecutante, y la traducción a otro idioma de una obra preexistente. En ésta parece no haber mucha originalidad..., si bien nadie le niega al traductor cierta creatividad, y que pone en su traducción el sello de su personalidad, la impronta de su talento. Si esa actividad, por mor de la originalidad de la expresión en otra lengua..., merece la calificación de obra derivada, ¿por qué no la del intérprete de una obra dramática o del ejecutante de una obra musical, que también traduce una u otra a un lenguaje distinto, más inteligible?...*”

³³⁶ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 358 y 359. En sentido similar se expresa BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Las artes escénicas y su configuración jurídica”, RCDI, Vol. 703, 2007, Págs. 1985 a 2016, cuando establece lo siguiente: “*Pero insisto, aunque desde un punto de vista artístico se pueda considerar la interpretación, ejecución o dirección escénica u orquestal como una auténtica creación que dé lugar a una obra derivada en cuanto procede de la obra originaria que sirve de base a la interpretación o dirección, desde*

3.2. Características de las obras derivadas

Quien lleva a cabo la obra derivada, para ser considerado *autor* deberá “*crear alguna obra literaria, artística o científica*”.³³⁷ Así pues, de conformidad con RIVERO, vemos que las ideas de *transformación*, *creación* y *obra* están omnipresentes y constituyen las ideas-fuerza de la cuestión que nos ocupa. Con tales datos, los parámetros normativos de la obra derivada (concepto y término este que no difiere del valor semántico de *derivada*: algo que proviene de otro primario o preexistente) son los siguientes:

- a) Resultado de la *transformación* de una obra originaria;
- b) Que aquella transformación consista en una *modificación*;
- c) Que de ella derive una obra *diferente*;
- d) Esa obra diferente debe ser una obra protegida, por tanto, debe reunir los requisitos de una *obra* protegida por el TRLPI (Art. 10).³³⁸

En suma, “desde la perspectiva del objeto, puede decirse que la obra derivada se sustenta sobre obras anteriores o porciones de las mismas que constituyen una parte esencial del resultado y que la aportación del sujeto que incorpora tales obras o fragmentos a su propia creación presenta un mínimo de originalidad, lo que permite

un punto de vista formal y legal no existe tal creación u obra derivada. Pese a que la LPI regula y trata las mismas en los arts. 9 y 11. Pese a que la labor de los artistas suponga un mayor esfuerzo creativo u originalidad que la que pueda atribuirse el autor de cualquier obra derivada de las que menciona la LPI, como el traductor o el que hace un resumen o un compendio. Y pese a que en el campo de las obras audiovisuales su director sea considerado uno de los coautores de las mismas (art. 87 LPI), condición de la que sin embargo carece el director de escena. Éste, pues, tampoco crea, por muy creativa u original que sea su escenificación. Precisamente, una de las principales reivindicaciones de los artistas intérpretes de las obras audiovisuales, con ocasión de la elaboración del Proyecto de Ley de Cine, en su reconocimiento como creadores. Lo que corrobora nuestra posición: hoy por hoy es incontestable que los artistas intérpretes o ejecutantes no son autores.”

³³⁷ Véase en este sentido, el artículo 5.1 del TRLPI.

³³⁸ Vid. RIVERO, Francisco, “Interpretación y obra derivada” en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, REUS, Madrid, 2004, Pág. 102.

hablar de una obra nueva y descartar la copia.”³³⁹ Por su parte, en relación con el aspecto subjetivo, hay que apuntar que, excepto en el caso de que el autor de la obra derivada haya tomado otra obra propia para su realización, en la obra derivada confluyen aportaciones de varios creadores y que dependiendo de la relación entre ellos podrá considerarse obra en colaboración,³⁴⁰ obra colectiva,³⁴¹ u obra compuesta,³⁴² las cuales serán estudiadas más adelante en este mismo capítulo.

Por otro lado, el contenido de la propiedad intelectual del autor de la obra derivada es igual al de la obra originaria, tanto en sus facultades económicas como en las morales. No obstante, el objeto sobre el que recae el derecho del autor de la obra derivada es únicamente esta última, esto es, la obra nueva, ya que tal autor carece de derecho o facultad alguna sobre la obra preexistente, cuya situación jurídica se mantiene del todo inalterada. De esta manera, su titular podrá seguir ejercitando los derechos de explotación que ostenta sobre la misma, e incluso podrá, de no existir pacto en contrario, autorizar otras transformaciones que den como resultado nuevas obras derivadas. Como hemos dicho antes, estas nuevas obras deberán ser originales, pero ya no sólo con respecto a la obra preexistente, sino también con respecto a las obras derivadas que se hayan realizado en base a aquella preexistente. Como bien apunta BERCOVITZ, R., el derecho de propiedad intelectual del autor de la obra derivada es

³³⁹ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 79.

³⁴⁰ Este tipo de obras viene establecido en el artículo 7 del TRLPI cuando dispone en su apartado 1 que “los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos”.

³⁴¹ Este tipo de obras queda definido en el artículo 8 del TRLPI que en su primer párrafo establece que “se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada”.

³⁴² DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 79.

dependiente en la medida en que necesita para realizarla y explotarla el consentimiento del autor de la obra originaria. No obstante, el derecho de propiedad intelectual del autor de la obra derivada tiene propia autonomía, como derecho de exclusiva, incluso frente a los titulares de la obra originaria (una vez obtenido su consentimiento). Tiene también propio plazo de duración, condicionado por la vida de su autor o el momento de su divulgación.³⁴³ Por ello, la extinción del derecho de autor sobre la obra originaria³⁴⁴ no afecta a la subsistencia del derecho de autor sobre la obra derivada.³⁴⁵

Así, como claramente lo explica RODRÍGUEZ TAPIA, la salvedad de los derechos sobre la obra preexistente implica dos importantes consecuencias: si el autor de la obra originaria es el mismo que el de la derivada, la obra preexistente, de creación anterior no se prolonga a través de la derivada, sino que son distintas; y tienen derechos distintos. Si el autor de la obra derivada es distinto al de la obra original, y no ha caído en el dominio público, deberá contar con la autorización de sus titulares, o disponer de un título *mortis causa* que le permita la explotación de forma procedente.³⁴⁶ “Cumpliendo con este requisito el autor de la obra derivada evita incurrir en un acto de infracción de derechos de autor y mediante la agregación de un *quantum* propio de originalidad se asegura de que, a su vez, nadie podrá explotar sin su consentimiento la obra por él alumbrada.”³⁴⁷

Por lo demás, como bien señala R. BERCOVITZ, la obra derivada puede proceder, a su vez, de otra obra derivada. Ello implica que, como se vio más arriba, en principio, se ha

³⁴³ Véanse en este sentido los artículos 26 a 30 del TRLPI referentes a la duración, límites y salvaguardia de otras disposiciones legales.

³⁴⁴ Artículo 41 del TRLPI: Extinción de los derechos de explotación y paso al dominio público.

³⁴⁵ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 201.

³⁴⁶ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 11” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 59.

³⁴⁷ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 351.

producido una cadena de autorizaciones con respecto a cada obra derivada con relación a su originaria inmediata hasta llegar a la última obra derivativa. El consentimiento para transformar una obra originaria y explotar la correspondiente obra resultado de la transformación no implica consentimiento para autorizar nuevas transformaciones a partir de la obra derivada. Esas transformaciones de la obra derivada necesitan del consentimiento expreso, general o especial, del autor de la obra originaria, además, claro está, del consentimiento del autor de la obra derivada que se transforma. En cambio, cuando varias obras derivan directamente de una originaria única, cada una de ellas estará basada en la correspondiente autorización de transformación de esa única obra originaria.³⁴⁸

Es preciso destacar, además, que a pesar de que la transformación de la obra originaria requiere la autorización o consentimiento del correspondiente derecho de explotación, la obra derivada existirá con independencia de ese consentimiento, siempre que la obra tenga originalidad suficiente, sin perjuicio, claro está, de que el titular del derecho de explotación violado ejerza las acciones pertinentes.³⁴⁹

En cualquier caso, y a pesar de la violación mencionada del derecho o facultad de explotación sobre la obra originaria, el autor de la obra derivada tendrá derechos sobre ella y podrá impedir la utilización de la misma, “sin perjuicio de los derechos de autor de la obra preexistente”, como bien indica el inciso 2 del artículo 21 del TRLPI.³⁵⁰

³⁴⁸ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 201.

³⁴⁹ Las acciones y procedimientos que establece el TRLPI para la protección de los derechos de propiedad intelectual vienen establecidos en los artículos 138 a 143 del TRLPI.

³⁵⁰ Véase en este sentido lo dispuesto en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 201 y 202.

Y es que, según la jurisprudencia,³⁵¹ *“la obra hecha por otro, aunque pueda considerarse copia o imitación más o menos fiel de otra precedente realizada por el autor de que se trate, no deja por ello de estar ejecutada por aquel a quien se imputa la copia. Es producción suya y no del creador de la obra precedente, quien podrá defender los derechos que le correspondan sobre la creación artística original, pero no puede pedir que el Tribunal altere la realidad de las cosas declarando como hecho por él lo que en realidad ha realizado otro. Será una copia, si a caso, pero hecha por otro.*

De ahí que no pueda aceptarse, en principio, el petitum de la demanda en cuanto solicita que la sentencia declare al demandante como autor de una parte de la obra (musical) de los demandados, porque no es cierto. El demandante es autor de una canción. A los demandados se imputa la autoría de una obra, que podrá ser copia o imitación de la anterior, pero no cabe duda de que está realizada por ellos y no por el demandante. Por ello podrá pedir que se declare a la obra de los demandados como plagio, pero no cabe solicitar que un extraño a la ejecución (el demandante) ha intervenido en la realización material de dicha obra, porque no es así.”

En definitiva, como bien señala SÁNCHEZ ARISTI, al hablar de obras derivadas tenemos que tener en cuenta fundamentalmente dos factores: (i) la elaboración de una obra derivada implica necesariamente la utilización de una obra preexistente, sobre la cual eventualmente pervivirá un derecho exclusivo a favor de algún sujeto, lo que trae como consecuencia que sea preceptivo obtener la previa autorización del titular de ese derecho; y (ii) debe darse un esfuerzo creativo realizado por un autor que le permita adicionar alguna aportación original a la primera obra y, como consecuencia de ello,

³⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, núm. 415/2005, de 30 de junio de 2005 [AC 2005\1789].

reclamar a su vez un derecho exclusivo para explotar la obra derivada que ha concebido.³⁵²

4. LAS OBRAS COMPUESTAS

Antes de continuar nuestro estudio debemos hacer un alto para estudiar lo relativo a la obra compuesta que viene establecida en el artículo 9.1 del TRLPI y que la doctrina ha venido entendiendo como un supuesto más de derivación, aunque con ciertas diferencias. Este tipo de obra es objeto de regulación expresa, por vez primera en nuestro ordenamiento, en el artículo 9.1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, el cual no ha sufrido modificaciones hasta hoy. Así, desde sus inicios y hasta el día de hoy, nuestra legislación sobre derechos de autor al referirse a esta figura viene a establecer lo siguiente: *“Se considerará obra compuesta la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización.”*

Sin embargo, como bien apunta SÁIZ GARCÍA, es preciso destacar que el concepto de obra compuesta no se introduce en el Proyecto de Ley de 1986,³⁵³ cuyo artículo 9 solamente hacía referencia a la publicación conjunta de obras independientes. Entre las enmiendas que fueron presentadas a este precepto posee relevancia la número 311,³⁵⁴ realizada por el Grupo de Minoría Catalana en el Congreso, enmienda que fue reiterada en el Senado³⁵⁵ por la que se proponía una ampliación del precepto a los supuestos de obras compuestas y a los supuestos de obras mixtas. Esta enmienda fue rechazada, no

³⁵² SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 356 y 357.

³⁵³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, de 24 de noviembre de 1986.

³⁵⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, de 22 de febrero de 1987.

³⁵⁵ Enmienda número 102, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, de 7 de septiembre de 1987.

llegando siquiera a ser discutida. Sin embargo, en el Senado se llegó a una enmienda transaccional que firmaron todos los grupos,³⁵⁶ por la que se incluía el concepto de obra compuesta y se rechazaba la categoría de obra mixta. Así, la obra compuesta tal y como la conocemos hoy, es una obra con sustantividad propia que se caracteriza fundamentalmente por su objeto. En cuanto a obra, produce el efecto real inmediato propio de todo acto creativo. Ello significa que la actividad realizada por el autor de una obra de estas características revela carácter creativo y conduce a un resultado original. En cuanto a objeto, presenta la especialidad de incluir en ella una obra protegida preexistente. Y es que, la actividad desarrollada por el autor de una obra compuesta consiste precisamente en ello: en una labor de incorporación de una obra preexistente a la que él crea.³⁵⁷

Por otra parte, es preciso destacar igualmente que el artículo 9.1 da un concepto de obra compuesta centrado en la figura del sujeto que la efectúa, y se refiere únicamente al “autor” de la obra nueva y no a los autores; por lo que una primera lectura del precepto podría llevarnos a pensar que las facultades de propiedad intelectual sobre la obra compuesta corresponden al autor de esta última después de pedir las autorizaciones procedentes. Teoría que parece quedar confirmada por el primer inciso del artículo 21 del TRLPI, referido a la transformación, ejercitada por el autor de la obra preexistente cuando autoriza la incorporación de su obra en otra nueva, y que como hemos visto dispone que *“los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente...”*. Sin embargo, esta posible interpretación, que en su día generó opiniones doctrinales a favor y en contra, se destruye cuando se modifica el

³⁵⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie II, núm. 94 (d), de 23 de septiembre de 1987.

³⁵⁷ Vid. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Págs. 309 a 313.

TRLPI en el año 1998, y se introduce el segundo inciso del artículo 21.2 del TRLPI, a cuyo tenor corresponde al autor de la obra preexistente “*autorizar durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.*”. Quiere esto decir que no sólo el autor que ha tomado una obra ajena para la elaboración de la obra compuesta tiene facultades sobre la obra resultante, sino que también a los autores de las obras preexistentes incluidas en la obra compuesta les corresponden ciertas facultades; en concreto, las de autorizar la explotación en los términos que señala el artículo 21.2, sin que de ello pueda inferirse, claro está, que el titular de la obra preexistente es titular de derechos sobre la obra nueva.

En definitiva, y en el entendido de que la obra compuesta, al igual que la obra derivada, implica el uso de una obra preexistente a fin de crear una nueva y distinta a la anterior, el régimen jurídico previsto por el TRLPI para las obras derivadas en general y para las obras compuestas es básicamente el mismo,³⁵⁸ con ciertas matizaciones que veremos a continuación.

4.1. La incorporación de una obra preexistente para crear una obra nueva

“Siguiendo los elementos que configuran el concepto de obra compuesta, nos encontramos en primer lugar con la necesidad de una obra preexistente, para que partiendo de ésta se lleve a cabo una nueva. Dicha obra anterior no sólo comprende las enumeraciones de los artículos 11 o 12 del TRLPI, sino lo que se entiende por obra

³⁵⁸ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 197.

formal de carácter original en el artículo 10. La preexistencia significa su nacimiento y éste se enmarcará en el hecho generador establecido en el artículo 1, por lo que se formulará una interpretación extensiva en la utilización de la obra precedente.”³⁵⁹

En el supuesto que nos ocupa, cuando en la obra nueva se incorporan partes de otras anteriores debe hacerse en una medida que permita que conserven su individualidad, ya que tomando una parte insuficiente de aquellas no se obtendría una obra compuesta sino una obra diferente, en todo caso, inspirada en la anterior o en las anteriores.³⁶⁰ Así pues, habrá que atender a cada caso en particular, pero al menos en principio, la incorporación de una obra preexistente en otra originará una obra nueva.

Dicho esto, podríamos empezar por decir que en el caso de la obra compuesta existe una incorporación material de una obra en otra, ya que la obra preexistente se funde en la nueva sin introducir variaciones más o menos evidentes en la misma. Por el contrario, en el caso de la obra derivada, la Ley piensa en una incorporación *ideal* o intelectual, dado que la obra primigenia se incluye en la nueva con evidentes modificaciones en su forma. Así, pues, bien podríamos inferir que la incorporación de una obra en otra se produce mediante la *reproducción* o bien la *transformación* de la obra u obras preexistentes. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina sostiene que no basta, para ser obra compuesta, la mera *reproducción* de una obra anterior,³⁶¹ ya que en este supuesto

³⁵⁹ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 107. Por otro lado, y a propósito de la obra preexistente, el artículo 9.1 del TRLPI se refiere a la misma en singular; sin embargo hay que entender que la obra compuesta puede incorporar una o varias obras anteriores, que pueden ser tomadas de forma íntegra o parcial. Véase en este sentido a DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 155.

³⁶⁰ En este sentido véase RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 418.

³⁶¹ Es preciso destacar que hacemos esta afirmación con ciertas reservas, ya que para una parte de la doctrina no resulta tan evidente. Teniendo en cuenta que este precepto se refiere a la incorporación de una obra anterior parece, al menos en principio, que quedaría más afectado el derecho de reproducción. Sin embargo, casi toda la doctrina (véase en este sentido por ejemplo a SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La*

más bien podríamos estar ante dos obras independientes publicadas conjuntamente³⁶² o bien ante un plagio. Es por esto, que estos doctrinarios sostienen que para que la obra sea compuesta deberá incorporar la obra anterior a través de su transformación³⁶³ ya sea porque se acompaña dicha reproducción de añadidos, como pueden ser comentarios, prólogos o anotaciones,³⁶⁴ o bien en el entendido de que la obra preexistente, por medio de dicha incorporación, cambió sustancialmente de contexto, y ello, aunado con los esfuerzos creativos del autor de la obra compuesta, dan como resultado una obra completamente distinta que encajaría más bien dentro del concepto de transformación que en el de la mera reproducción. De ahí, que la mayoría de la doctrina entienda que la obra compuesta es una figura con pocas diferencias con relación a la obra derivada y que se le apliquen, de forma analógica, las normas establecidas en el TRLPI para este último tipo de obras.

Un ejemplo claro de obra compuesta, donde se pone de manifiesto esa fina línea entre lo que podría ser una simple reproducción y una transformación de la obra preexistente lo constituye la sincronización de una composición musical en una obra audiovisual, a lo

propiedad intelectual sobre las obras musicales, Comares, Granada, 2005, Págs. 352 y 353) se inclina por pensar que aunque hablemos de incorporación literal de una obra preexistente en otra nueva, el cambio de contexto al que necesariamente se verá sometido el material originario, permitirá hablar de transformación o derivación al menos en un sentido lato. De ahí, que podamos hablar de la equivalencia entre las categorías de obra compuesta y obra derivada. A favor de esto último, véase DIETZ, Adolfo, *El derecho de autor en España y Portugal*, traducción de LÓPEZ SÁEZ, R. Eugenio, Ministerio de Cultura, Madrid, 1992, Pág. 44.

³⁶² Como veremos más adelante, el artículo 9.2 se refiere a las obras independientes y establece que “*la obra que constituya creación autónoma se considerará independiente, aunque se publique conjuntamente con otras*”.

³⁶³ Respecto de la transformación, será el vínculo idóneo para una incorporación ideal o intelectual de la obra preexistente. Las obras derivadas de las que habla el artículo 11 del TRLPI son, en general, producto de la transformación, salvo el caso de los extractos (Art. 11.3 del TRLPI) –no en cambio los resúmenes y compendios- y el de las anotaciones (Art. 11.2 del TRLPI). Las revisiones y actualizaciones de una obra preexistente son, en parte, reproducción, en parte, transformación de la obra anterior. Supuestos más evidentes de transformación son las adaptaciones, arreglos y traducciones.

³⁶⁴ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 9”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 48 a 53.

que ya hemos hecho referencia anteriormente.³⁶⁵ Como bien señala SÁNCHEZ ARISTI, lo que hace característico a este tipo de actividad creativa es que el discurso sonoro de una obra musical aparezca asociado al discurso visual de una secuencia creativa de imágenes.³⁶⁶ De esta manera, la asociación o superposición de dos discursos expresivos tan diferentes, impide que la incorporación de una obra musical a la banda sonora de un filme pueda ser considerada un caso de simple reproducción.³⁶⁷ Y es que, en particular, la sincronización de una obra musical en una obra audiovisual se aleja abiertamente del ámbito de la mera reproducción mecánica. Un fonograma se caracteriza por ser una fijación exclusivamente sonora, de modo que su concepto se ve desbordado cuando la plasmación de una obra de música se realiza junto con la grabación de una secuencia de imágenes.³⁶⁸

³⁶⁵ Vid. Supra, Capítulo Segundo, apartado 3.1. Obras derivadas – Generalidades, Págs. 148 a 154. Véase, asimismo, Infra. Capítulo Tercero, apartado 5. La utilización de obras musicales preexistentes. El derecho de sincronización, Pág. 256.

³⁶⁶ Ahora bien, esto no debe ser confundido con la figura del “videoclip” ya que a pesar de ser también una obra compuesta, la relación es inversa: es la obra audiovisual la que está especialmente creada para la musical, circunstancia que, con frecuencia, encuentra su plasmación en el hecho de que, en la práctica, son los productores de fonogramas los que promueven la creación de videoclips y los que asumen la responsabilidad de su producción audiovisual. En este sentido, GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “La noción de obra audiovisual en el derecho de autor”, Revista de Propiedad Intelectual núm. 7/2001, Bercal, Madrid, enero-abril de 2001, Págs. 9 y siguientes (nota al pie número 185).

³⁶⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) núm. 560/2002, de 2 de julio de 2002 [AC 2002\2129], en lo referente a la sincronización o incorporación de una composición musical en un soporte audiovisual, la califica como modalidad de explotación que constituye “*un supuesto cualificado de reproducción, próximo a la transformación, para la que debe recabarse previamente el consentimiento del titular de los derechos.*” En ese mismo sentido se expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) núm. 571/2004, de 14 de septiembre de 2004 [AC 2004 1796].

³⁶⁸ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 386 y 387, quien además agrega en este sentido lo siguiente: “*A esta distinción básica entre la reproducción fonográfica y la sincronización audiovisual, se corresponde una diversidad de regímenes para la negociación de una y otra modalidades de explotación, siendo justo interrogarse hasta qué punto no es precisamente la diversidad de regímenes de negociación la que propició que se escindieran de forma irreconciliable sendas formas de explotación. Lo cierto es que si la sincronización se configuró como una modalidad de explotación dotada de autonomía con respecto a la mera reproducción mecánica, fue debido a que en su momento se entendió que, a diferencia de la industria fonográfica, la industria del audiovisual no presentaba riesgos preocupantes de concentración monopolística, que aconsejasen ponerles coto mediante la instauración de un sistema de licencias legales obligatorias.*”

Como puede verse de todo lo anterior, y como ya hemos adelantado, el supuesto que contempla el artículo 9 del TRLPI, constituye entonces un supuesto de creación derivativa en la que la obra preexistente o las partes de ella utilizadas no se ven propiamente modificadas en su forma sino que se incorporan a la obra nueva³⁶⁹ sin más variantes que las que supone su descontextualización o bien el venir acompañadas de comentarios o juicios críticos.

Ahora bien, son precisamente estas variantes las que nos llevan a inferir que no estamos ante un supuesto de simple reproducción, y si nos aventuramos un poco ni siquiera de una transformación en sentido estricto, sino ante un concepto distinto³⁷⁰ que por sus múltiples semejanzas con esta última han de serle aplicables analógicamente las reglas relativas a las obras derivadas.³⁷¹ Es decir que, como hemos visto, cuando hablamos de incorporar una obra en otra nos podemos encontrar ante dos escenarios distintos. El primero puede producirse a través de una *incorporación material* en la que la obra preexistente se yuxtapone con la nueva sin ser modificada (artículo 9 del TRLPI); y el segundo, cuando se produce una *incorporación intelectual*, en el sentido de que no puede decirse que la obra anterior está realmente insertada en la obra nueva, puesto que el autor de ésta última introduce elementos novedosos³⁷² (artículos 11 y 21 del TRLPI).³⁷³

³⁶⁹ Vid. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 309.

³⁷⁰ Después de todo, el artículo 17 del TRLPI no establece un listado exhaustivo de las posibles formas de explotación de la obra.

³⁷¹ De forma similar se expresa MEDIANO CORTÉS, Santiago, Lecciones de cátedra impartidas en el Master en Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III de Madrid, 2003-2004.

³⁷² No en vano desde ya la Ley 17/66, de 31 de mayo, reguladora de los derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, en su artículo 2 ya distinguía entre estos dos conceptos, cuando establecía lo siguiente: “El productor no podrá utilizar ni incorporar a la película ninguna obra de ingenio ajeno sin permiso del autor o de sus cesionarios o causahabientes, salvo que la obra sea del dominio público.”

³⁷³ En este sentido se expresa LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, Págs. 17 y 18. Esta diferencia también parece advertirla la profesora PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Remakes de películas y autores de la versión original” en ROGEL VIDE, Carlos

Claro que, como se ha visto, esta no es la posición de la mayor parte de la doctrina la cual sostiene que la obra compuesta es un supuesto más de obra derivada y que de hecho, existe una falta de utilidad práctica de todo intento dirigido a marcar diferencias entre unas y otras.³⁷⁴ Ciertamente es que tales distinciones no tienen en el fondo una marcada trascendencia jurídica puesto que a ambas figuras se les aplica, en definitiva, el mismo régimen legal; no obstante, hemos considerado importante señalar, siempre a nuestro juicio, estas diferencias entre ambas a fin de delimitar conceptos y entender un poco mejor los aspectos que quedan cubiertos bajo el paraguas de la transformación.

4.2. Ausencia de colaboración entre los sujetos

Para determinar si la obra plural en la que participa el compositor es una obra compuesta, según señala RODRÍGUEZ TAPIA, además de valorar los aspectos objetivos que integran el supuesto de hecho del artículo 9.1 del TRLPI, hay que atender a las relaciones que se entablan entre los sujetos. Así pues, en el caso de las obras compuestas, hay que observar que el autor que incorpora una obra u obras anteriores a

(coord.), *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001, Pág. 121, cuando al respecto establece lo siguiente: “Atendiendo al artículo 21.1 y al artículo 11, es claro que en sentido jurídico cualquier acción que recaiga sobre una obra puede ser considerada como transformación, siempre que cumpla el requisito inexorable de que de esa actividad se derive una obra diferente de la primigenia. Ahora bien, esta afirmación debe ser contrastada con lo que se dispone en el artículo 9.1 y 90 del TRLPI. En el primero de los preceptos citados se establece que se considera como ‘obra compuesta la obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización’. Ello permite incluir dentro de la noción de transformación aquellos supuestos en los que la acción consiste en incorporar sin modificar una obra preexistente en otra diferente. Esta idea es, a su vez, avalada por el citado artículo 90, que debe ponerse en relación con el artículo 89, relativo al contrato de transformación de una obra preexistente mediante el cual el autor de la misma se presume que cede al productor los mismos derechos que los autores de la obra audiovisual. Pues bien, la remuneración que corresponde a los autores de las obras preexistentes como contraprestación de la relación contractual establecida con el productor se da con independencia de que haya habido o no modificación, lo que trasciende es la incorporación de su aportación creativa a esa obra diferente que es la audiovisual. En definitiva, su integración en otra obra distinta.”

³⁷⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. IV, 1ª parte, Trivium, Madrid, 1996, Pág. 286 y CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentario al Artículo 7” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 135, entienden que son términos sinónimos.

una creación propia lo hace con independencia de los autores de aquellas. Como veremos más adelante, según el indicado autor, no hay ni subordinación, propia de las obras colectivas del artículo 8 del TRLPI, ni sometimiento a una idea común, que es la característica de las obras en colaboración del artículo 7 del TRLPI. Sin embargo, esto no excluye cualquier tipo de relación entre los autores, pues, como es lógico, al menos deberán comunicarse en el momento en el que el creador de la obra compuesta solicite la autorización preceptiva del autor de la obra preexistente.³⁷⁵

Señalado lo cual, conviene recordar que “en la obra compuesta hay, desde luego, diversidad de derechos porque hay diversidad de objetos.”³⁷⁶ De esta forma, para la elaboración de una obra compuesta debe recabarse la autorización del autor de la obra preexistente,³⁷⁷ siempre que no se trate de una obra del dominio público o quede excluido tal requisito por virtud de uno de los límites del derecho de autor que veremos más adelante.³⁷⁸

Relacionado con lo anterior se pregunta entonces la doctrina por el momento en que debe solicitarse dicha autorización, pues al parecer no queda muy claro que se trate de un requisito que impida la elaboración de la obra compuesta. Sobre esto, ciertos autores entienden que, como hemos dicho antes para las obras derivadas, una persona puede

³⁷⁵ Así lo estima RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al Artículo 9” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 154.

³⁷⁶ NUÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *Comunidad e indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, Pág.133.

³⁷⁷ Así se pone de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 11 de febrero de 2004 [AC 2004\1492], cuando establece lo siguiente: “*La controversia que se ha suscitado tiene su origen en la afirmada sincronización de cuatro obras musicales («Love And Tears», de Daniel Palomo y Rafael Hernández, «In The Closet», de Michael Jackson Joe y Edward Riley, «Turn On Tune In Cop Out» de Norman Cook y «Is This Love» de Bob Marley) en el videograma titulado «Top Models de Leyenda: Naomi Campbell», lo cual tiene su encaje en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Intelectual que tras considerar obra compuesta «la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última», reconoce a éste «los derechos que... le correspondan» y condiciona el nacimiento de aquélla a la existencia de su preceptiva autorización. La autorización del derechohabiente llevará consigo una cesión de derechos a cambio de la oportuna remuneración [...].*”

³⁷⁸ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 157 y 158.

crear una obra aunque para ello tome otra de un autor diferente sin su consentimiento, teniendo en cuenta que no se puede obstaculizar la libertad de creación reconocida en el artículo 20 de la Constitución Española y que, normalmente, el acto de creación es íntimo y difícilmente controlable. Por todo ello estos autores explican que no es imprescindible la autorización para incorporar en una obra propia otra ajena; y que lo estrictamente necesario es obtenerla con carácter previo a la explotación de la obra compuesta.³⁷⁹ Según estos autores, no puede obligarse al cumplimiento de un requisito cuando es imposible de controlar, por lo que se entiende que debe exigirse la autorización preceptiva siempre que la obra compuesta vaya a salir de la esfera íntima del sujeto. Esto sucede en el momento en el que la obra se da a conocer al público a través de una de las modalidades de explotación posibles. Por lo que, según dicho sector de la doctrina, resulta más preciso señalar que la autorización a la que se refiere el artículo 9.1 del TRLPI debe exigirse con carácter previo al momento de divulgar la obra compuesta.³⁸⁰

Ahora bien, tal y como se ha expuesto para el caso de las obras derivadas y por los mismos motivos antes expuestos, entendemos que la autorización debe recabarse antes de la realización misma de la obra compuesta. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que determinado autor de alguna famosa obra musical tenga por sabido que su canción será incorporada a una obra audiovisual para lo cual no se ha pedido su consentimiento. ¿Será necesario realmente esperar hasta el estreno de la película de que se trate para

³⁷⁹ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al Artículo 9” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 154 y MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 356.

³⁸⁰ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 158 y 159.

poder hacer algo al respecto? A nuestro entender, este no parece ser el espíritu del TRLPI, y la respuesta a tal interrogante debe ser en todo caso negativa.

Y es que, tratándose de un tipo concreto de obra que se halla sujeta a las mismas reglas establecidas para el derecho de transformación nos encontramos otra vez ante la misma necesidad de requerir dos autorizaciones distintas: una para la incorporación en sí misma y otra para la explotación de la obra nueva que finalmente se cree. Así, no ya sólo la explotación de los resultados sería constitutivo de infracción, sino que la propia creación de la obra compuesta sin la autorización correspondiente también lo sería, como bien requiere el artículo 17 del TRLPI y se encarga de recalcarlo cierto sector de la doctrina y la ya comentada Sentencia 110/08 del Juzgado Mercantil número 5 de Madrid, de fecha 4 de noviembre de 2008.

5. DIFERENCIACIÓN DE FIGURAS

A fin de delimitar más claramente los conceptos que aquí se estudian, entendemos necesario hacer un alto para establecer las diferencias que existen entre unas y otras figuras. En este sentido, a continuación veremos el contraste entre obra derivada y obra compuesta, para pasar luego hacer una diferenciación entre estas últimas y las obras colectivas y en colaboración.

5.1. *Diferencia entre obra compuesta y obra derivada*

En consonancia con la mayor parte de la doctrina, aunque como se ha visto no somos partidarios del todo de ello, el TRLPI en cuatro de sus artículos establece normas relativas al derecho de transformación o bien de figuras a las que se les aplican

analogicamente las normas de este derecho. Se trata de la contemplación de un tema parecido desde distintos puntos de vista, y así nos encontramos con el artículo 9, relativo a las obras compuestas, con los artículos 11 y 12 relativos a las obras derivadas y a las colecciones y con el artículo 21 relativo al derecho de transformación en sentido general.

A pesar de que, como se ha dicho, la mayoría de la doctrina predica una falta de utilidad de todo intento dirigido a marcar diferencias entre las obras compuestas y las obras derivadas puesto que a ambas se les aplica el mismo régimen jurídico, y aún de no aceptarse la hipótesis que proponemos en el apartado 4.1 anterior de considerar a la incorporación a la que se refiere el artículo 9 del TRLPI como un supuesto distinto de explotación, no por ello deja de ser cierto que la obra compuesta tiene rasgos particulares que hacen de ella un tipo diferente de las demás obras derivadas.³⁸¹

Además de las señaladas en el apartado 4.1 anterior –que a nuestro juicio son las únicas verdaderamente relevantes-, encontramos otras diferencias que tienen como base las propias exigencias del artículo 9, esto es, que en la obra compuesta: (i) es imprescindible la intervención de dos o más autores distintos, y (ii) es necesaria la ausencia de colaboración entre tales autores.

Como bien señala BERCOVITZ, R., no sucede lo mismo en la obra derivada pues en ella no distingue el legislador en cuanto a lo relacionado a la procedencia genética de la obra originaria.³⁸² De ahí que la doctrina entienda que la traducción, adaptación o el arreglo de una obra, hecha por su propio autor, es una obra derivada en el sentido del

³⁸¹ Vid. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 309.

³⁸² Véase en este sentido lo dispuesto en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), “Comentario al Artículo 11” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 198.

artículo 11 del TRLPI; pero no será compuesta en el sentido del artículo 9.1. En general, la mayoría de los doctrinarios afirman que toda obra compuesta es derivada pues se deriva de otra u otras preexistentes, pero no toda obra derivada es compuesta.³⁸³

No obstante, a nuestro juicio, tal y como hemos destacado anteriormente, es la doble fórmula que puede utilizarse para llevar a cabo la incorporación de una obra preexistente en otra lo que sirve principalmente para distinguir entre obras compuestas y derivadas. Así, en definitiva, será compuesta la incorporación material de una obra ajena en otra propia sin que ambos autores colaboren entre sí; y será derivada la *incorporación intelectual de una obra en otra con independencia de quiénes sean los autores involucrados y de si colaboran o no entre ellos* para la creación de la misma.

5.2. Diferencia entre obras compuestas, obras colectivas y obras en colaboración

Como hemos podido ver en la primera parte de este estudio, y según indica SÁIZ GARCÍA, para que tenga lugar el nacimiento del derecho de autor, es necesario que una persona natural desarrolle una actividad cualificada, como es la actividad de carácter creativo y que, además, ésta desemboque en un resultado original perceptible por los sentidos. Ahora bien, cuando en la consecución de dicho resultado interviene creativamente no sólo una persona (artículo 5 TRLPI) sino una pluralidad de ellas, entonces hablamos de autoría plural. La regulación de nuestro Texto Refundido tiene por regencia al autor singular, no obstante, prevé unas normas específicas de atribución de derechos para aquellos casos en los que la obra de ingenio hubiera sido creada por

³⁸³ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 9”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 49.

una pluralidad de autores.³⁸⁴ Así, en primer lugar el artículo 7 del TRLPI se refiere a las obras en colaboración, y a estos efectos establece lo siguiente:

*“1) Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos.”*³⁸⁵

2) Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo, el Juez resolverá. Una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó.

3) A reserva de lo pactado entre los coautores de la obra en colaboración, éstos podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común.

*4) Los derechos de propiedad intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta Ley, se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes.”*³⁸⁶

A la luz de lo anterior, “para nuestra legislación hablar de *coautoría* y de *obra en colaboración* no necesariamente significa hablar de lo mismo. Existe coautoría cuando varios contribuyen de modo indistinguible a un resultado común. Este resultado común

³⁸⁴ Vid. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág.169.

³⁸⁵ En consonancia con lo establecido en este artículo se ha expresado la jurisprudencia, y esto queda evidenciado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2 de junio de 2000, que establece lo siguiente: “Las personas que figuran como autores de la letra en la obra son JE, LA y PA, y como autores de la música de esa obra, los tres citados y PM. Nos encontramos, por tanto, ante una obra resultado de la intervención coetánea de varias personas con la finalidad de lograr una única obra, cuya titularidad corresponde a todas ellas; por tanto, se trata de una obra en colaboración de aquellas a que se refiere el artículo 7.1 LPI.”

³⁸⁶ Para una mayor comprensión de este artículo véase también lo establecido en los artículos 28, 87 y 97.3 del TRLPI; así como los artículos 392 a 406 del Código Civil.

puede consistir en un género de suyo inseparable (por ejemplo, varios que escriben un libro sin asignación de temas ni capítulos) o en varios géneros separables pero interdependientes entre sí (por ejemplo, varios escriben conjuntamente el texto y realizan las ilustraciones). La coautoría no proviene aquí de un pacto, ni tampoco del hecho de la colaboración, sino de la circunstancia mucho más precisa de que no se puede proceder a una asignación individual de autoría conforme el artículo 5 del TRLPI. Tiene que existir una ‘confusión’, en el sentido técnico de los artículos 381 y 382 del Código Civil.”³⁸⁷

Sin embargo, como podemos ver, “el Derecho español no delimita ni restringe los tipos de concurrencia que pueden tener cabida en el supuesto de la norma, pues la misma se reduce a una casi tautología: cuando la obra sea resultado de la colaboración de varios, los derechos sobre la obra corresponden a todos ellos. La razón de esta amplitud legal proviene conjuntamente de que la ley admite la delimitación convencional de la concurrencia (Art. 7.4, primer inciso) y, en su caso, la explotación separada de las aportaciones (Art. 7.3). Es claro que con estas dos restricciones a la amplitud normativa del supuesto legal el grado de compromiso que comporte la calificación de *obra en colaboración* sea muy reducido; tanto, que pueda ser predicado con verdad de cualquier forma de concurrencia de aportaciones sin que con ello se condicione la explotación separada de lo que de suyo es una creación independiente.”³⁸⁸

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 8 del TRLPI tiene la consideración de colectiva la obra “*creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona*

³⁸⁷ Así lo indica textualmente CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentario al Artículo 7” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 131. A este respecto nos remitimos a lo ya dicho en sentido parecido en el apartado 2.8 de este mismo capítulo con relación al derecho de transformación a la luz de los artículos 348 y siguientes del Código Civil español.

³⁸⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentario al Artículo 7” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 128.

natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.”³⁸⁹ Como vemos, aquí “la cuestión distintiva es la iniciativa creativa del tercero que coordina los trabajos y una cierta relación de jerarquía o subordinación (a diferencia de la obra en colaboración), porque la decisión final de si cierta aportación forma parte integrante de la obra colectiva resultante no es del autor de la singular aportación, sino de quien coordina y divulga los trabajos resultantes.”³⁹⁰

En lo que respecta a las obras compuestas, como hemos visto, las dos características que las definen son, por un lado, que se crean con la incorporación material de obras anteriores, y por otro, que existe independencia creativa entre los autores que realizan aportaciones a la misma. Atendiendo al segundo de estos aspectos, cabe diferenciarla con la obra en colaboración establecida en el artículo 7 del TRLPI citado anteriormente, porque en la creación de la primera participan los coautores en pie de igualdad, sometiéndose a una idea común, mientras que la obra compuesta es elaborada a partir de una o varias obras ajenas sin contar con la colaboración de sus autores.³⁹¹ Es decir, “se diferencia de la obra en coautoría, no tanto en la preexistencia de las aportaciones, sino en la ausencia de colaboración entre el autor de la obra preexistente y el de la nueva.

³⁸⁹ Este artículo guarda relación con lo dispuesto en los artículos 5.2, 28, 97.2 y 111 de la Ley de Propiedad Intelectual.

³⁹⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al Artículo 8” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 149.

³⁹¹ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 155.

Imaginemos una canción en que la letra antigua se incorpora a una obra nueva. Si el músico colabora con el autor de la letra, estaremos en el supuesto del artículo 7; si el músico incorpora la letra a su pentagrama sin colaborar con aquel, estamos ante una obra compuesta.”³⁹²

Por su parte, para diferenciar las obras compuestas de las obras colectivas que se definen en el artículo 8 del TRLPI, también debe tenerse en cuenta el tipo de relaciones que se entablan entre los autores. Dicho esto, ya que según indica DE ROMÁN PÉREZ, la obra colectiva se caracteriza porque el coordinador dirige el trabajo de quienes realizan las distintas aportaciones y les da las instrucciones necesarias, mientras que en la obra compuesta el “autor-componedor” no dirige el resto y actúa con independencia de los autores de las obras incorporadas. Cuestión directamente relacionada con el carácter de las aportaciones porque en el caso de la obra compuesta el autor ensambla obras ya existentes, lo que deja fuera toda posibilidad de dirección sobre la creación de las mismas,³⁹³ mientras en la obra colectiva las aportaciones se conciben para su incorporación en la obra común. Es decir, que la diferencia radica básicamente en que, “en la obra compuesta, a pesar de incorporar en una obra nueva múltiples obras preexistentes, no existe coordinación de estos autores, ni las obras preexistentes han sido creadas *ex profeso* para la obra común. El autor que incorpora una variedad de aportaciones de distintos autores, aunque éstos hayan podido coordinar sus trabajos entre sí, es autor de una obra compuesta y no editor de una obra colectiva, si no ha encargado los trabajos a los autores incorporados.”³⁹⁴

³⁹² RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 9”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 48 y 49.

³⁹³ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 155.

³⁹⁴ RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 9”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 49.

Esta distinción entre las tres figuras ha quedado evidenciada por la jurisprudencia cuando habla de la coexistencia de creaciones literarias, artísticas o científicas realizadas por una pluralidad de sujetos que coadyuvan a la producción de una obra del ingenio, supuestos estos que no son otros que las obras en colaboración, obras colectivas y obras compuestas.

A estos efectos los tribunales han entendido que: *“Siendo así que en la obra en colaboración existe una perfecta identificación de la aportación individual de cada partícipe y que obra compuesta es aquella que incorpora otra preexistente sin la colaboración de su autor, [...] El artículo 8 de la citada ley acude en ayuda de nuestra indagación cuando perfila la obra colectiva como la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y publica bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.”*³⁹⁵

Y es que para poder *“establecer el concepto de obra colectiva no valen conjeturas más o menos fundadas, sin previa fijación de los datos de hecho concurrentes exigidos por el supuesto normativo, ya que así como la vinculación de la persona natural con la autoría de la obra que crea (sea científica, literaria o artística) (artículo 1) se basa en un nexo claro de existencia o inexistencia, las especificaciones de "obra en colaboración" u "obra colectiva", "obra compuesta" o independiente", reclaman la fijación de circunstancias fácticas previas, configuradoras del concepto, en términos*

³⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de julio de 1995 [AC 1995\1378].

inequívocos, que resulten de documentos o actos concluyentes, por cuanto son delimitadoras y, también limitadoras de los derechos de autor.”³⁹⁶

En resumen, cuando un compositor, por ejemplo, aporte una obra musical a una obra integrada con las contribuciones de dos o más sujetos, se entenderá que ésta “es una obra en colaboración cuando en su creación hayan contribuido todos en pie de igualdad; tendrá la consideración de obra colectiva si uno de ellos dirige el trabajo del resto, los cuales habrán concebido sus aportaciones expresamente para esa obra; y, por fin, recibirá la consideración de obra compuesta en el caso de que para la misma se hayan tomado las aportaciones preexistentes de los demás, quienes no participan en el proceso creativo.”³⁹⁷

Con la diferenciación de estas figuras lo que quiere manifestarse simplemente es que los preceptos aquí discutidos hacen referencia a cosas distintas. Como hemos visto, los artículos 7 y 8 del TRLPI se refieren a las relaciones entre los sujetos que intervienen en la creación de una obra de ingenio y a la atribución de derechos resultantes de las mismas, mientras que los artículos 9, 11 y 12 del TRLPI hacen referencia al objeto de ese derecho, es decir, a la creación resultante de la actividad creativa desplegada por los autores.³⁹⁸

6. COLECCIONES. BASES DE DATOS

En Derecho español las colecciones están protegidas conforme al artículo 12 del TRLPI, según el cual las colecciones de obras ajenas también son objeto de propiedad

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 738/2000, de 11 de julio de 2000 [RJ 2000\4669].

³⁹⁷ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 155 y 156.

³⁹⁸ Vid. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág.174.

intelectual y merecen la consideración de actos de transformación, “si bien en estos casos la originalidad añadida radicaré no en la expresión, sino en la estructuración, es decir, en la selección y disposición de las obras anteriores.”³⁹⁹

La consideración de las colecciones como actos de transformación se debe a que son obras que incorporan total o parcialmente obras preexistentes, ordenadas de forma original.⁴⁰⁰ Cabe, pues, que tengamos en cuenta lo ya anteriormente expuesto sobre las obras derivadas y compuestas.⁴⁰¹

Ahora bien, dentro de las colecciones, existe un supuesto particular que goza de una protección especial y es el relativo a las bases de datos. Esa protección, tal y como veremos más adelante, se articula por dos vías, la del derecho de autor para las bases de datos que puedan ser consideradas obras por la selección o la disposición de su contenido, y la de un derecho *sui generis*, para aquellas bases de datos no originales cuya protección se justifica por las inversiones económicas necesarias para la elaboración y mantenimiento de las mismas.

6.1. De las colecciones

Según nuestro TRLPI, el autor de una colección selecciona y ordena obras preexistentes o fragmentos de ellas siguiendo un criterio personal, del cual se deriva una obra susceptible de protección distinta de las anteriores pero que las engloba.⁴⁰² En

³⁹⁹ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 353.

⁴⁰⁰ De ahí que, por ejemplo, tanto la Ley francesa, en su artículo L.112.3, como la Ley portuguesa, en su artículo 3.1.b, incluyan a estas obras en un mismo artículo junto con el resto de obras derivadas.

⁴⁰¹ Vid. Supra. Capítulo Segundo – Apartados 3 y 4.

⁴⁰² Vid. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Págs.173 y 174.

consonancia con lo anteriormente expuesto, el tenor literal del apartado 1 del artículo 12 del TRLPI, reza de la siguiente manera:

“Art.12. 1.-También son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos.

*La protección reconocida en el presente artículo a estas colecciones se refiere únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a éstos.”*⁴⁰³

La redacción de este artículo 12 procede también de la Ley 5/98, de 6 de marzo, que traspuso al ordenamiento jurídico la Directiva 96/9/CEE, sobre la protección de las bases de datos. Como bien apunta RODRÍGUEZ TAPIA, en una primera aproximación, debemos establecer que la ubicación sistemática de las colecciones, aparte y después de los preceptos contenidos en los artículos 10 y 11 del TRLPI, sólo se justifica por la aparición de elementos de la creación, no protegibles en sí mismos, pero que reunidos tienen un grado de originalidad, lo que reclama protección. Esta primera parte del articulado, no difiere sustancialmente de los artículos anteriores porque, en el fondo, la colección de obras ajenas, como las antologías, constituye una obra derivada que podría estar incluida en el artículo 11 (compendio, por ejemplo).⁴⁰⁴

⁴⁰³ Este artículo guarda estrecha relación con lo establecido en los artículos 21, 22, 34, 40ter y 133 y siguientes del TRLPI.

⁴⁰⁴ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 12”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 61. Por otra parte, cabe destacar que el reconocimiento de la colección como susceptible de protección ya se venía intuyendo desde muy antiguo. A estos efectos cabe que recordemos la Real Orden de 11 de octubre de 1853, por la que se resolvía que se consideraban comprendidos en la Ley de 10 de junio de 1847 sobre

Así pues, las colecciones podían bien haberse recogido en el artículo anterior, es decir, en el 11. No obstante, el legislador ha creído conveniente esta independencia de concepto quizá porque se opera de diferente manera que en el artículo anterior, donde preexiste una obra, y de ella, y con autorización de su autor, surge una nueva. En el caso presente se actúa sobre obras u elementos ajenos y dándose una autorización de sus autores o titulares mediante una adecuada selección y disposición de las materias aparece una nueva creación intelectual.⁴⁰⁵ Y es que, al igual que lo que sucede con las obras compuestas, se trata de un supuesto que aunque se le apliquen analógicamente las normas propias del derecho de transformación, opera de manera distinta y la incorporación que se da en estos casos normalmente será material y no intelectual. Ahora bien, lo que es evidente es que, como hemos dicho antes, la colección ha sido aceptada por la práctica totalidad de la doctrina como un supuesto más de transformación, en el sentido de que, una vez realizada la misma, estaríamos ante una obra totalmente distinta a aquellas que la preceden.⁴⁰⁶

Por otra parte, cierto sector de la doctrina insiste en que en la Ley debía haberse expresado indicando que la creación intelectual debe ser original, dado que en realidad es escaso el margen que existe en estos casos para la originalidad.⁴⁰⁷ Por nuestra parte, compartimos la opinión de FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLEY, quien sostiene que a

propiedad literaria, los artículos y poesías originales de periódicos, aunque no estuvieran reunidos en colección.

⁴⁰⁵ Vid. FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLEY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Págs. 143 y 144.

⁴⁰⁶ Así lo confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 18 de febrero de 2004 [AC 2004\832], cuando establece: “[...] que *Poesía 1957* es una obra por sí misma, autónoma, independiente de las anteriores, en modalidad de colección emanada de la intención del propio autor, que desde el primer momento pretende crear esa obra única a la que incorpora prácticamente en su integridad anteriores libros individualizados; constituye un todo cerrado en sí mismo..., negando a la demandada el derecho a parcializar la obra publicando, por separado, piezas de la misma, tanto menos cuanto ese fraccionamiento colisiona con el derecho adquirido por la actora sobre esas obras anteriores que integran la recopilación hecha por el autor.”

⁴⁰⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 12” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 206.

tenor de los precedentes y de la idea de la creación como suficiente para la protección de la obra con su singularidad formal expresada en la norma, resulta aceptable lo indicado en el artículo 12 del TRLPI.⁴⁰⁸ Dicho esto, además, en el entendido de que las colecciones, en la medida en que han sido aceptadas como obras derivadas de forma implícita requieren originalidad para su protección, como todos los demás tipos de obra que contempla el TRLPI.

Ahora bien, en las colecciones, para alcanzar un grado mínimo de originalidad no basta con la mera recolección indiscriminada de datos o de obras, ni su ordenación o disposición de acuerdo con criterios habituales o rutinarios.⁴⁰⁹ Conviene recordar que, al igual que sucede con relación a los demás tipos de obras protegidas, mientras más compleja se la colección de que se trate, más favorecida se verá su originalidad.

En relación con esa complejidad, según apunta BERCOVITZ, R., hay que tener en cuenta que las colecciones pueden ser de materiales u obras heterogéneas: colecciones de obras plásticas (escultura, pintura, grabados, dibujos, cerámica), de textos y fotografías (revistas, periódicos), de textos y obras plásticas (libros de arte), de textos en prosa y en poesía, de trozos de novelas y de obras dramáticas, de canciones y poesías, obra plástica y textos (exposiciones), de música, pantomima, coreografía, obras dramáticas (espectáculo de variedades), etc. Asimismo, las colecciones pueden quedar recogidas en soportes permanentes (libros, fonogramas, obra audiovisual) o no permanente (exposiciones). Además, de manera frecuente, las colecciones suelen ir acompañadas de explicaciones, anotaciones, prólogos, epílogos o introducciones. Todas estas variantes de las obras de colección ponen de manifiesto que las mismas pueden ser

⁴⁰⁸ Véase en este sentido lo dispuesto en FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Págs. 143 y 144.

⁴⁰⁹ Como sería por ejemplo una ordenación por orden alfabético o cronológico. Tal es el caso normalmente de las guías de teléfonos, listas de profesionales, callejeros, programas, etc.

al mismo tiempo obras derivadas de las previstas en el artículo 11 del TRLPI, u obras de los diversos géneros establecidos en el artículo 10 de nuestro TRLPI, o bien que pueden incluso publicarse conjuntamente con otras obras de carácter independiente (tal y como lo dispone el artículo 9.2 del TRLPI).⁴¹⁰

Por lo demás, cabe destacar que, según apunta DE ROMÁN PÉREZ, en el campo musical existen mecanismos de transformación de las obras cuyo resultado puede encajar en el supuesto de hecho del artículo 11 del TRLPI como los arreglos, variaciones, transcripciones, etc., y en el artículo 12 del TRLPI como los popurrís, cancioneros y bases de datos musicales. Concretamente, los *popurrís* son canciones o piezas instrumentales que se conforman ensamblando fragmentos de piezas anteriores. Para ello, el músico ha de estudiar las obras y calcular los puntos convenientes de ensamblaje, introduciendo fragmentos creados por él, si es necesario, para que el oyente escuche la obra como un todo y no aprecie los cortes.⁴¹¹ Según la referida autora, este procedimiento es muy usado en la actualidad en los conocidos *Mix*, que reúnen piezas de música de baile sobre un soporte fonográfico, imitando la labor del *discjockey*.⁴¹² Por

⁴¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 12” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 207.

⁴¹¹ Con relación a los popurrís, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 12/2004 (Sección 15ª) de 9 de enero de 2004 [JUR 2004\52542] establece que “*debe indicarse, al respecto, que la consideración del popurrí como obra protegible (caracterizada por la inclusión de parte de varias obras y el establecimiento de puentes que permitan una transición idónea entre cada una de ellas) no es condición que corresponda atribuir en todo caso, sino sólo a aquellos que por alguna razón la merezcan.*” A este respecto, entendemos que el requisito al que se refiere esta Sentencia para merecer la protección se refiere precisamente a la originalidad.

⁴¹² En cuanto a esta figura, SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 408 y 409, entiende que el concepto de discjockey (o, más sencillamente DJ) se ha diversificado en los últimos años. Junto a la labor tradicional de pinchar discos *in situ* en discotecas o salas de fiestas, algunos de los más conspicuos representantes del oficio han dado el salto al mundo discográfico, de tal forma que sus creaciones ya no sólo rinden un resultado efímero destinado al público de un concreto local de moda, sino que aparecen comercializadas en forma de grabaciones fonográficas. Lo protegible sigue siendo una concreta selección y disposición de piezas musicales, pero es habitual que ésta aparezca además aliñada o modulada merced a aportaciones que son cosecha de los propios DJ, en forma de alteraciones tímbricas o rítmicas, superposiciones y mezclas de sonidos, o efectos tipo popurrí. Nos hallaríamos en tales casos ante obras derivadas complejas, en las que además de una incorporación material sucesiva habría una transformación desde el punto de vista de la forma expresiva.

otra parte, los *cancioneros* son libros que normalmente reúnen canciones de otros autores. Pueden ser las obras de un solo autor conocido o de varios. Son frecuentes los que se realizan con obras que pertenecen al folklóre musical. Por último, las *bases de datos* integradas con obras musicales de autores distintos del que realiza la base, pueden también recibir la consideración de obra derivada cuando reúnan la suficiente originalidad. Así, la autora antes citada indica que, en principio, habrá que considerar original, por ejemplo, a una base de datos que reúna las mejores canciones de amor de los años sesenta agrupadas según la técnica musical utilizada, porque para seleccionar las obras habrá que aplicar un criterio estético. Mientras que no sería original una base de datos de obras musicales publicada por una editorial cuando se ordenaran por fechas, porque el criterio aplicado no permite realizar una aportación creativa.⁴¹³

De lo anterior se desprende que si lo coleccionado son datos u otros elementos independientes, (como sonidos aislados, por ejemplo) pueden suceder básicamente dos cosas: (i) que los sonidos se hayan obtenido mediante síntesis electrónica o grabación de sonidos de la realidad, en cuyo caso la colección no constituirá una obra derivada, sino creación independiente; o (ii) que los sonidos se hayan obtenido mediante la técnica del *sampling*,⁴¹⁴ caso en el que aunque es posible que no se vean afectados los derechos de propiedad intelectual de otros autores, siempre restarán los de artistas intérpretes o ejecutantes o de productores de fonogramas. Ahora bien, si, por el contrario, lo coleccionado son obras o fragmentos sustanciales de obras ajenas, quedarán siempre a salvo, a menos que se trate de obras en el dominio público, los derechos de los autores

⁴¹³ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 87.

⁴¹⁴ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 396, quien establece que el *sampling* es un procedimiento por medio del cual un sonido o una serie de sonidos, procedentes de una fuente natural o previamente grabados en un fonograma, son registrados digitalmente de manera que, a continuación, pueden ser no sólo reproducidos con una óptima fidelidad, sino también sometidos a diversas manipulaciones.

de las obras coleccionadas, lo que significa que será preceptivo, en principio, obtener el consentimiento de los mismos o de los respectivos titulares del derecho de transformación.⁴¹⁵

Evidentemente, esto último aplica no sólo para los que llevan a cabo colecciones de obras musicales, sino también para quienes intenten llevarla a cabo a raíz de cualesquiera tipos de obras. En definitiva, la autorización de los autores de las obras preexistentes será siempre necesaria para la explotación de la colección en cuestión. No obstante, debe tenerse en cuenta que si los elementos que componen la colección que se elabore no tienen en sí mismos la consideración de obras ni de aspectos protegidos de conformidad con las disposiciones del TRLPI, entonces, no será necesario recabar ningún tipo de autorización, al menos no desde el punto de vista de la propiedad intelectual.

6.2. De las bases de datos

Tal y como quedó evidenciado anteriormente, un caso especial de colección lo constituye la base de datos. A esta figura se refieren de manera particular los apartados 2 y 3 del artículo 12 del TRLPI, los cuales establecen lo siguiente:

“2.- A efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.

⁴¹⁵ Véase en este sentido lo establecido en SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 405 y 406

3.- La protección reconocida a las bases de datos en virtud del presente artículo no se aplicará a los programas de ordenador utilizados en la fabricación o en el funcionamiento de bases de datos accesibles por medios electrónicos.”

Interesa destacar que, como bien señala ALONSO PALMA, las bases de datos, ya sean estas originales o *sui generis* (es decir, una base de datos no original en atención a los criterios de selección y ordenación de los materiales que la integran), no tienen que estar necesariamente contenidas en formatos electrónicos. En este sentido, una guía telefónica, por ejemplo, es una base de datos. Ahora bien, no debe confundirse la protección jurídica de las bases de datos con la protección de los contenidos que la integran. Estos contenidos pueden, a su vez, ser objeto del derecho de autor o no, siendo necesario en el primero de los supuestos que el titular de la base de datos haya obtenido la previa autorización legal para reproducir y, en su caso, distribuir o comunicar públicamente dichos contenidos. Además, si el contenido está integrado por datos de carácter personal que permiten tratamiento, le es aplicable en bloque la normativa de protección de datos, tanto en lo relativo a su obtención como a su cesión.⁴¹⁶ Ahora bien, el hecho de que los contenidos no estén protegidos por el derecho de autor (por ejemplo, una base de datos sobre legislación o resoluciones judiciales)⁴¹⁷ no impide que se pueda predicar una protección sobre la base de datos, que ha seleccionado y ordenado ese contenido no protegido por el derecho de autor, aún cuando sea una base *sui generis*.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Véase en este sentido, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal. BOE núm. 298 del 14 de diciembre de 1999.

⁴¹⁷ El artículo 13 del TRLPI establece que “no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”.

⁴¹⁸ Vid. ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Págs. 266 y 267.

De lo dicho hasta ahora se desprende que, con independencia de los contenidos que la integren, pueden distinguirse dos categorías de bases de datos:

- Bases de datos *originales*, si por la selección o disposición de sus contenidos constituyen creaciones intelectuales originales. Es decir, en este caso la protección de la base de datos por las disposiciones del Libro I del TRLPI, esto es, por el régimen del derecho de autor, se predica del criterio de selección o disposición de contenido adoptado, es decir, por la originalidad aplicada a la hora de llevar a cabo tales tareas.⁴¹⁹ Así, el autor de una base de datos original tiene sobre la misma, y como los demás autores, el conjunto de derechos morales, de derechos de explotación y, en su caso, de derechos de remuneración.

Especial interés tiene, en lo que al autor de la base de datos se refiere, considerar ciertas particularidades relativas al derecho *moral*. “El derecho de *paternidad* sobre una base de datos suele traducirse en un deber del usuario de mencionar la fuente, incluso cuando está ejercitando derechos legales de uso, es decir, incluso cuando el tercero actúa fuera del monopolio del titular de derechos. Con más razón, si está explotando derechos del titular de la base. Por lo que se refiere al derecho a exigir el respeto a la *integridad e impedir las modificaciones*, la cuestión adquiere ciertos

⁴¹⁹ Una sentencia que aborda el tema de la originalidad de las bases de datos es la del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de octubre de 1997, la cual establece que “*por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, por lo que se presenta como una actividad mecanizada, muy poco intelectual y creativa, carente de toda originalidad y concurrencia de genio o talento humanos, aunque manifieste cierto ingenio, dándose en las situaciones de identidad y en aquellas otras que, aunque encubiertas, descubren similitud con la creación original, una vez despojadas de ardis y disfraces, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno; mas no procede confusión con todo aquello que es común, integra el acervo cultural generalizado o está anticipado y al alcance de todos, como señalan las sentencias recurridas sobre los métodos alfabéticos o por provincias y la constancia de datos en registros fiscales, laborales, mercantiles o en las guías publicadas por Telefónica; si, pues, faltan creatividad y originalidad, que es lo que ocurre en el caso, mal se pueden infringir los artículos 1, 10 y 12 TRLPI, aunque las bases de datos a las que se hayan aportado ingenio, originalidad o creatividad sean en abstracto susceptibles de protección, pues lo que ha de acreditarse en el pleito es la concurrencia concreta de tales extremos, en virtud del principio de la carga de la prueba.*”

aspectos paradójicos pues, por un lado, la mayoría de bases de datos tienen un contenido permanentemente cambiante; y, por otro, hay muchas bases de datos interactivas y accesibles por Internet, de las que los usuarios van por definición cambiando su contenido con sus aportaciones. Habrá que ver caso por caso.”⁴²⁰

- Bases de datos *sui generis*, cuando el criterio de selección u ordenación de los contenidos no es original, dado que cualquier persona que quisiera hacer una base de datos con dichos contenidos haría una ordenación parecida. Estas bases de datos, pese a la ausencia de originalidad, según ALONSO PALMA, tienen un valor tanto desde el punto de vista económico como del esfuerzo invertido en su creación, y, por ello, la ley le concede una protección como derecho afín o conexo, como base de datos no original o base de datos *sui generis*, la cual, si bien tiene una protección inferior tanto en extensión como en duración, al menos no la deja jurídicamente desprotegida ante las utilidades comerciales que terceros pudieran hacer de ella. En definitiva, lo que se protege en estos casos no es la originalidad, sino el trabajo o esfuerzo invertido por la persona que ha elaborado la base de datos.⁴²¹

En este sentido se han pronunciado los tribunales en Estados Unidos en diversas ocasiones.⁴²² Y es que, “el derecho de autor protege la obra, la formalización de una creación intelectual; mientras que el derecho del fabricante de una base de datos protege el producto empresarial.”⁴²³

⁴²⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Los derechos del usuario legítimo de bases de datos y de programas de ordenador”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Págs. 198 y 199.

⁴²¹ ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 267.

⁴²² Véase por ejemplo el caso *Express Newspapers v. Liverpool Daily Post and Echo plc* [1983] FSR 306, donde la corte valora el esfuerzo y el trabajo empleados en la creación de una serie de compilaciones.

⁴²³ Vid. DE SÁ E MELO, Alberto, “Bases de datos. A tutela jurídica europea” en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, REUS, Madrid, 1999, Pág. 39.

Y así también lo confirma nuestra jurisprudencia cuando establece que: *“lo dicho resulta evidente en el caso de la acción ejercitada al amparo de lo previsto en la Ley de Propiedad Intelectual pues su Art. 133, como queda dicho, sólo otorga protección legal al titular de una base o colección de datos cuando la haya «creado», y además esto le haya supuesto un determinado esfuerzo o inversión. El citado Art. 133 de la LPI no protege el derecho a la titularidad de los datos en sí mismos, ya que suelen ser públicos, sino de la forma en que se ha confeccionado la base o colección, dando lugar a una creación original en cuanto al modo de seleccionar o disponer tales datos, y siempre que en ello se haya invertido, de forma sustancial, dinero o esfuerzo y trabajo que justifiquen tal protección legal.*”⁴²⁴

En ese mismo orden de ideas, los tribunales mantienen que esta protección conferida a las bases de datos sui generis *“se ampara en la inversión (aún sin originalidad) en la línea del «sweat of the brow o industrions collection» (sudor de la frente) americano, se protege no la creatividad, sino la inversión, esfuerzo o «sudor» empleado por el productor para generar la base de datos. La cuestión se ciñe a un análisis económico, si se introduce una base de datos en el mercado, se produce lo que los economistas denominan un «bien público», es decir, el consumo por una persona no excluye el consumo por otra, por lo tanto, si no se protege puede ocurrir que el mercado no produzca el volumen óptimo de innovación, por cuanto no existen incentivos para invertir en algo que los demás pueden usar libremente; ahora bien, puede ocurrir el problema contrario, si se protege en exceso puede producirse el problema contrario, en relación a la existencia de un monopolio de la información, pues al no ser libremente apropiable habrá que pagar por su uso o*

⁴²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), núm. 80\2004, de 8 de marzo de 2004 [AC 2004\514].

copia, lo que, en definitiva, generará un uso de la información sub-óptimo, porque el precio óptimo de un bien público es cero.

En estos polos se mueve el derecho «sui generis» de protección de las bases de datos, se patrocina la inversión en la base de datos, con un derecho exclusivo, pero sin promover un auténtico monopolio sobre la información en sí misma, por cuanto no se priva el que se pueda recrear con medios independientes la información pública contenida en la base de datos.»⁴²⁵

En España, como en el resto de Europa, esta diferencia es fundamental a la hora de otorgar la protección a la base de datos, ya sea como obra o bien como inversión sustancial objeto de derecho sui generis.⁴²⁶ Y de forma bastante clara, los tribunales se han encargado de corroborar esta distinción al establecer que “...las bases de datos son objeto de protección en la Ley de Propiedad Intelectual (en la redacción dada por la Ley 5/1998) a través de una doble vía: un lado, la que le otorga el Art. 12 (que se ubica en el Libro I, por lo que nos encontramos en el ámbito de tutela de los llamados «derechos de autor») y que tiene por objeto la estructura de estas colecciones en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a éstos; y, por otro, [...] la dispensada a través del Art. 133 y siguientes al regular el llamado derecho «sui generis» sobre las bases de datos (Título VIII del Libro II que lleva por rúbrica «De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección "sui generis" de las bases de datos). En este sentido, es el propio Art. 133.1 el que aclara cuál es el objeto de protección al declarar: «131 derecho "sui generis" sobre una base de datos protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o

⁴²⁵ Sentencia núm. 1\2001 del Juzgado de Primera Instancia de Madrid (Núm. 13), de 24 de julio de 2001 [AC 2001\1172].

⁴²⁶ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Los derechos del usuario legítimo de bases de datos y de programas de ordenador”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 194.

cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido».

Ahora bien, añade el párrafo segundo del mismo Art. 133.1 que «mediante el derecho a que se refiere el párrafo anterior, el fabricante de una base de datos, definida en el Art. 12-2º del presente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, puede prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, siempre que la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido represente una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. Este derecho podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual». Y señala el núm. 2 del mismo Art. 133 «No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior, no estará autorizada la extracción y/o neutralización repetidas o sistemáticas de partes no sustanciales del contenido de una base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base». Así las cosas, queda claro que no debe confundirse el derecho «sui generis» con el derecho de autor sobre la propia base ni con los posibles derechos sobre su contenido, pues lo que aquel protege, como comenta B. L., «no es la base de datos resultado de una inversión sustancial, sino la propia inversión sustancial», concluyendo el mismo autor que «por tanto, teniendo en cuenta ambos párrafos (del Art. 133-1º), debemos interpretar que el objeto protegido es la totalidad o una parte sustancial de una base» (B. L., Miguel Ángel: «El derecho "sui generis" del fabricante de bases de datos»). A esta conclusión se llega, asimismo, teniendo en cuenta la dicción literal del Art. 133.4º LPI el cual reza «El derecho contemplado en el párrafo segundo

del anterior apartado 1 se aplicará con independencia de la posibilidad de que dicha base de datos o su contenido esté protegida por el derecho de autor o por otros derechos. La protección de las bases de datos por el derecho contemplado en el párrafo segundo del anterior apartado 1 se entenderá sin perjuicio de los derechos existentes sobre su contenido». Así pues, queda claro que con el derecho «sui generis» se busca el daño comercial que puedan producir las extracciones o usos de partes sustanciales de una base de datos, es decir, protege la inversión en la base de datos cuando alguien se aprovecha de este esfuerzo económico o laboral para confeccionar con el material ajeno, sin su autorización, su propia base de datos, introduciéndola en el mercado dañando al primer productor.

Por otra parte, las diferencias entre el derecho «sui generis» y el derecho de autor las pone de manifiesto también B. L. al comentar que contrariamente a lo realizado por el legislador alemán, nuestro legislador evite toda relación entre el derecho «sui generis» y el derecho de autor, por esta razón, no misten en el TRLPI remisiones entre ambos sistemas de protección, excepto en relación con el agotamiento del derecho de control de las ventas sucesivas. Las diferencias más destacables entre el derecho del fabricante surge con la finalización del proceso de fabricación, y no con la ejecución del acto de creación. La titularidad del derecho «sui generis» le corresponde al fabricante y no al autor. Las facultades del fabricante son únicamente de carácter patrimonial, frente a las facultades de carácter patrimonial y moral de los autores. El contenido de estas también presenta diferencias; pese a que existen notables coincidencias entre las facultades de extracción y de neutralización y las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública. Los plazos de protección, también difieren en la forma de computarlos. Asimismo los límites presentan notables disimilitudes y por

*último, las transmisión del derecho «sui generis» es una cesión de derechos normal que no se ve contrariada por la normativa aplicable a la transmisión de los derechos de los autores».*⁴²⁷

En último caso, cabe destacar que en los casos en los que la base de datos no suponga una selección, ordenación o disposición original, ni implique una inversión pecuniaria sustancial, la misma quedaría fuera de la protección conferida por el TRLPI.⁴²⁸

7. LAS OBRAS INDEPENDIENTES

No podemos terminar este capítulo sin antes hacer referencia a un supuesto que a pesar de estar incluido en el artículo 9 del TRLPI, conjuntamente con las obras compuestas, no guarda ningún tipo de relación con el derecho de transformación. Nos referimos a la obra independiente, la cual ponemos de manifiesto aquí ya que su articulado, aunque quizás obvio, sirve para aclarar ciertos aspectos.

Así pues, el TRLPI ha reformado la redacción de la frase que componía el apartado 2 del artículo 9 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, reorganizando su construcción.⁴²⁹ Ahora, el referido texto establece que *“la obra que constituya creación autónoma se considerará independiente, aunque se publique conjuntamente con otras”*.⁴³⁰

⁴²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 357/2003, de 6 de octubre de 2003 [AC 2004\41].

⁴²⁸ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Los derechos del usuario legítimo de bases de datos y de programas de ordenador”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 194.

⁴²⁹ Anteriormente, el artículo 9.2 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual establecía lo siguiente: *“Se considerará obra independiente la que constituya creación autónoma, aunque se publique conjuntamente con otras.”*

⁴³⁰ Esta disposición guarda estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 29 del TRLPI, el cual, a estos efectos, viene a establecer lo siguiente: *“En el caso de obras divulgadas por partes, volúmenes, entregas*

Como vemos, en resumidas cuentas, se establece el principio de que la publicación conjunta de obras que constituyan creaciones autónomas “no crea lazos de dependencia entre las mismas; cada una de las obras autónomas se considera independiente aunque haya sido publicada conjuntamente con otras.”⁴³¹

Según apunta FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLEY, el significado de este epígrafe segundo se ha considerado fruto de la terminación del título II, capítulo I del TRLPI, donde se contemplan legislativamente las diversas actitudes del sujeto creador desde su actuar como persona natural hasta cuando sobre la obra preexistente se incorpora a una nueva. Pero en este caso no se establecen diferenciaciones ni se da una nueva categoría productora de una nueva creación. Para nosotros, y en concordancia con el referido autor, se trata de un párrafo final, que aún rozando la obviedad no deja de despejar dudas nacidas del fenómeno tan importante como es el hecho de la publicación y la aparición de una creación con otras en un medio que pone a disposición del público obras que satisfagan razonablemente sus necesidades de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma. La publicación conjunta no agrega o resta nada a cada una de las creaciones autónomas.⁴³²

Así, en el entendido de que esta disposición se haya ubicada entre normas que regulan supuestos de obras creadas por una pluralidad de autores, podríamos bien establecer que lo estipulado en el artículo 9.2 se refiere a obras de autores distintos que han sido publicadas de forma conjunta. No obstante, la Ley no hace ningún tipo de distinción y parece aplicarse a obras autónomas de un mismo autor que se publican conjuntamente.

o fascículos, que no sean independientes y cuyo plazo de protección comience a transcurrir cuando la obra haya sido divulgada de forma lícita, dicho plazo se computará por separado para cada elemento.”

⁴³¹ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 9”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 52.

⁴³² FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLEY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 109.

En este último caso, como bien apunta RODRÍGUEZ TAPIA no siempre será fácil, sin ayuda del propio autor, determinar cuándo estamos ante varias obras de un mismo autor en un mismo volumen o cuándo ante una serie o colección de poemas, ensayos, etcétera. Esto tiene cierta importancia a los efectos de decidir qué constituye reproducción parcial o integral, o bien atentados a la integridad, o incumplimiento contractual.⁴³³

Cabe, por tanto, “que se publiquen obras autónomas de un mismo autor y se efectúe conjuntamente, advirtiéndolo que las obras de diversos autores que lleven a cabo este tipo de publicación tienen regímenes diferentes, entre los que se debe citar la duración de sus derechos.”⁴³⁴ Y es que “dicha publicación no afecta al plazo, pues no se trata de obra colectiva, dado que constituyen creaciones autónomas, que no se funden en la creación global plurisubjetiva y no han sido concebidas especialmente para la obra, sino para ser publicadas conjuntamente y no en todo caso. Puede que se publiquen reunidas obras de épocas diferentes creadas en muy diferentes circunstancias. La frontera entre una y otra figura no siempre será nítida.”⁴³⁵

⁴³³ Véase en este sentido a RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 9”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 52 y 53.

⁴³⁴ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLEY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 109.

⁴³⁵ RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 9”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 53.

CAPÍTULO TERCERO
EXAMEN DE LAS MODALIDADES TÍPICAS DE TRANSFORMACIÓN

"El arte es un plagio o una revolución."

Paul Gauguin (1848 – 1903)
Pintor Francés.

1. ASPECTOS GENERALES

Como hemos visto, el artículo 21.1 del TRLPI establece que *la transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.*

En el referido artículo se apuntan, pues, dos modalidades concretas, y luego, “siguiendo la técnica legislativa habitual del TRLPI en estos casos y para todos los actos de explotación, maneja una fórmula abierta y poco comprometida para no dejar fuera ninguna forma de transformación posible (actual o que pueda aparecer durante su vigencia). Sin perjuicio de aplaudir el que no haya recurrido a una relación más larga y cerrada (con aires de exhaustiva), siempre incómoda o peligrosa, ello nos plantea el problema de saber cuántos y cuáles son los actos posibles de transformación en nuestra ley, y tratar de deslindarlos.”⁴³⁶

Partiendo de la idea de que, con las matizaciones que hemos visto, todas las obras protegidas de los artículos 9, 11 y 12 del TRLPI son las obras diferentes derivadas de un proceso de transformación, podemos tener una primera aproximación a la hora de precisar las distintas formas de transformar una obra.

⁴³⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 439.

Aunque formalmente el artículo 11 parece contener una enumeración cerrada de supuestos de obras derivadas protegidas, en realidad ello no es así. Como hemos visto, en el fondo su estructura es similar a la del artículo 10 del TRLPI⁴³⁷ y, como aquel, contiene un concepto general de obra derivada y un listado no cerrado de los supuestos que caben dentro del mismo. Lo que sucede es que, a diferencia del indicado artículo 10, este precepto no establece el concepto general al principio, sino al final, concretamente en el último apartado de dicho artículo. Ese apartado 5º establece el concepto general de la obra derivada y, al mismo tiempo, sirve expresamente para comprender todos los supuestos que de alguna manera no quepan en los apartados anteriores. Esos cuatro apartados anteriores presentan una enumeración de supuestos un tanto arbitraria, claramente orientada hacia las obras del lenguaje, a excepción del apartado 4º que se refiere a los arreglos musicales. Por otra parte, aquí también, al igual que en el artículo 10.1.a), se utilizan conceptos que implican repeticiones, al menos parciales, como veremos a continuación (revisiones y actualizaciones; compendios y resúmenes).⁴³⁸

2. MODALIDADES TÍPICAS DE TRANSFORMACIÓN

A la luz de lo establecido en el apartado anterior, abordaremos a continuación las diferentes modalidades típicas de transformación. En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del TRLPI, también son objeto de propiedad intelectual las

⁴³⁷ Como ya sabemos, el artículo 10 del TRLPI se refiere a las obras y títulos originales. Establece que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. A continuación, el referido artículo pasa a enumerar una serie de supuestos que pueden ser considerados como obras, como por ejemplo: composiciones musicales, coreografías, obras teatrales, mapas, fotografías, esculturas, etc.

⁴³⁸ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 198.

siguientes obras derivadas: (i) las traducciones y adaptaciones; (ii) las revisiones, actualizaciones y anotaciones; (iii) los compendios, resúmenes y extractos; (iv) los arreglos musicales; y (v) cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.⁴³⁹

2.1. *La Traducción*

Traducción, palabra derivada del latín *traductio* y éste del verbo *traducere*, cuyo significado literal es ‘hacer pasar de un lugar a otro’.⁴⁴⁰ “La traducción equivale, en sentido amplio, al cambio o traslado de un código a otro y se aplica generalmente al campo de la lengua. Sin embargo, la palabra también se usa en el lenguaje común en expresiones como ‘traducir’ los sentimientos e ideas en gestos, actitudes o palabras. Esta última noción aproxima el fenómeno de la traducción a la práctica misma de la escritura. También se vincula con la idea de interpretación —traducir un sueño—, hecho que la acerca al campo de la lectura. En el ámbito de la retórica, la traducción es considerada una figura, la cual consiste en utilizar un mismo nombre o adjetivo en diferentes casos, géneros o números, o un mismo verbo en diferentes modos, tiempos o personas. Como figura retórica, su uso es frecuente en los juegos conceptuales de la literatura de todas las épocas, especialmente entre los autores barrocos (y neobarrocos) o en diversas formas de experimentación lingüística.”⁴⁴¹

⁴³⁹ Cabe nuevamente destacar que las colecciones, establecidas en el artículo 12 del TRLPI, son también obras derivadas, pero no serán abordadas en este capítulo por ya haber sido expuesto el tema en el capítulo anterior. Lo mismo cabe destacar de las obras compuestas, de las que ya hemos dicho que se trata de un supuesto distinto al que se aplican analógicamente las normas aplicables a las obras derivadas. A lo establecido en páginas anteriores en este sentido nos remitimos.

⁴⁴⁰ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

⁴⁴¹ V.V.A.A., Voz: “Traducción”, en Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation.

Teniendo el concepto más o menos delimitado, al menos de forma literal, y en palabras de SANTOYO, debemos continuar nuestro estudio de la traducción estableciendo que resulta esencial en esta sociedad de cultura en que nos movemos, reflexionar sobre la actividad traductora, y hacerla además con un propósito particular: el de intentar trastocar y subvertir el sistema tradicional de valores culturales en que está encasillada la traducción. Ese sistema ha puesto siempre todo su énfasis y reconocimiento en la creación literaria, y ha negado todo valor a su elemento difusor: la traducción. No sólo lo ha negado, sino que sistemáticamente lo ha vilipendiado en cuanto ha tenido ocasión.⁴⁴²

Así pues, y siempre en opinión de SANTOYO, parece esencial la vuelta a una reflexión seria sobre la traducción, y no ya desde el punto de vista de la ciencia lingüística, sino desde un primer estadio estrictamente cultural. Porque encasillada como está entre los valores culturales y literarios de última fila, no va a ser nada fácil sacarla de la penumbra en que habita y situarla en el lugar que le corresponde, que es el proscenio de la cultura y de la propia literatura. Como bien indica el citado autor, no podemos más que preguntarnos ¿qué es, por ejemplo, una obra literaria cualquiera sin traducción? Muy poca cosa. La literatura sólo existe como fenómeno transcultural en tanto que traducida, en tanto existen traducciones; y hasta tanto no existen traducciones, esa obra,

⁴⁴² Vid. SANTOYO, Julio César, “La biblioteca de Babel: Traducción y permeabilidad transcultural”, en Hieronymus Complutensis N°1 Enero-Junio, Universidad de León, 1995, Págs. 79-92. En este sentido, resulta cuando menos interesante señalar aquí de cómo el referido autor recuerda algunas frases célebres que atacaban al concepto mismo de la traducción. Así, en Inglaterra, la de John Denham, que en 1648 escribía: “*Tal es nuestra soberbia, o demencia, o destino, que excepto los pocos que no saben escribir, todos traducen...*”; en Francia la de Diderot que comentaba: «*No es preciso entender un idioma para traducirlo, puesto que sólo se traduce para quienes no lo entienden*». Hasta Ortega y Gasset llega a decir en *Miseria y esplendor de la traducción* que “*el traductor suele ser un hombre apocado: por timidez ha escogido tal ocupación, la mínima...*” Así, estamos de acuerdo con el citado autor cuando sostiene que si atendemos a la opinión de Ortega, apocados habrían sido Lutero, San Jerónimo, los dos Machado, Unamuno y Quevedo, Salvador de Madariaga, fray Luis de León y Buero Vallejo, Juan Ramón Jiménez, el rey Alfredo en Inglaterra y Alfonso X el Sabio en España, Julio Cortázar, Octavio Paz y Agustín García Calvo por sólo citar un ramillete de personalidades “apocadas”, todas ellas bien conocidas por sus traducciones.

ese autor, esa entera literatura está encerrada en su propio polisistema lingüístico-cultural, floreciendo en él como en invernadero, pero desconocida para el resto de un mundo que es cada vez más transcultural. Sólo en la medida en que se traduce una obra, o una entera literatura, traspasa sus propias fronteras y se convierte en moneda cultural compartida, con incidencia directa en los nuevos sistemas lingüístico-culturales que la reciben. Hoy, sigue comentando SANTOYO, conocemos todos, por ejemplo, la obra de Shakespeare, sobre todo su serie dramática. Así, títulos como *Macbeth*, *Romeo y Julieta* o bien *Hamlet* a nadie resultan extraños; más bien todo lo contrario. Pero no ha sido siempre éste el caso. Durante dos siglos enteros, el XVII y el XVIII, Shakespeare careció de traducciones al español y, en consecuencia, no existió en absoluto para el sistema cultural español e hispanoamericano, que desconocieron totalmente su obra e incluso su misma existencia. La literatura española no registra ni la menor alusión de enjundia a la obra entera de Shakespeare, ni la menor influencia de su dramaturgia en la nuestra hasta que Leandro Fernández de Moratín traduce *Hamlet* en 1798, casi 200 años después de que hubiera sido escrita en inglés. Y otro tanto sucede a la inversa, naturalmente.⁴⁴³

Así pues, por presencia o por ausencia, todo lo anterior lleva a una conclusión: que para el común de los mortales no existen originales, sólo traducciones. Quizá sea un error, pero es de dudar que haya un número importante de personas que hayan leído la Biblia en hebreo, griego o arameo, según corresponda. Habrá, sí, quien la haya leído en latín (una traducción) o en su lengua materna romance (posiblemente una traducción de una traducción). Igualmente es de dudar que hayan muchos que vieran a Esquilo representado en griego o a Ibsen en noruego, que hayan leído a Dostoyevsky en ruso, el

⁴⁴³ Vid. SANTOYO, Julio César, “La biblioteca de Babel: Traducción y permeabilidad transcultural”, en Hieronymus Complutensis N°1 Enero-Junio, Universidad de León, 1995, Págs. 79-92.

Corán en árabe, *Beowulf* en anglosajón, *Las mil y una noches* en persa, el *Infierno* de Dante en toscano o el *Kamasutra* en sánscrito.⁴⁴⁴

En definitiva, sin traducciones, las obras no alcanzarían un grado de difusión relevante y sólo pudieran acceder a ellas un número reducido de personas. De ahí, la importancia cultural de esta figura, que por lo demás, conlleva un esfuerzo intelectual por parte de su creador bastante significativo, lo cual constituye el elemento clave para su consideración de obra susceptible de protección por todas las legislaciones de propiedad intelectual del mundo.

2.1.1. Orígenes de la traducción

La traducción ha desempeñado, en la historia de la humanidad, una función sumamente importante en el desarrollo, tanto en general como en la interpenetración de las culturas.⁴⁴⁵ Desde una panorámica cultural, todos los idiomas se interfecundan. La traducción como fenómeno social halla la forma de establecer una identidad entre situaciones, a partir de la noción de equivalencias.⁴⁴⁶

Según MACHADO TORRES, es en ese proceso de establecimiento de las equivalencias donde se encuentra la creación; es la forma personalizada de crear a partir de un texto

⁴⁴⁴ Vid. SANTOYO, Julio César, “La biblioteca de Babel: Traducción y permeabilidad transcultural”, en *Hieronymus Complutensis* N°1 Enero-Junio, Universidad de León, 1995, Págs. 79-92.

⁴⁴⁵ Históricamente, en el ámbito específico de la lengua castellana, esa función fue cumplida por la Escuela de traductores de Toledo, durante el reinado de Alfonso el Sabio. La traducción de obras filosóficas, científicas y literarias de la antigüedad estuvo acompañada, desde el punto de vista social, por una práctica de tolerancia entre árabes, cristianos y judíos. Traducir fue también, en sentido amplio, un intercambio de culturas, conductas y concepciones del mundo que podían conciliarse aún desde las diferencias. Véase a este respecto V.V.A.A., Voz: “Traducción”, en *Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation.

⁴⁴⁶ Vid. ARENCIBIA RODRÍGUEZ, Lourdes, “Reflexiones acerca de la traducción y la interpretación”, en *Cuadernos H. Lingüística*, Cuba, 1975, Págs. 7-30.

original en una lengua de partida, donde surge el fenómeno del que se ocupa el derecho de autor: el reconocimiento a la paternidad de una obra derivada.⁴⁴⁷

Ahora bien, tal y como lo indica ZARROUK, tratar de determinar cuáles son los orígenes de la traducción es poco menos que un brindis al sol. Si la traducción escrita se puede remontar al origen de la escritura, hace no más de 5000 años, la traducción oral, lo que hoy llamamos interpretación habría surgido en una época primigenia e indeterminada. Vemos, pues, que existen explicaciones muy diversas de la historia de la traducción basadas, no en las versiones de los hechos mismos que la conforman, sino en la perspectiva desde la cual se establecen sus distintos periodos.⁴⁴⁸

Así, para algunos expertos la historia de la traducción se divide en cuatro etapas: (i) la primera, de la *traducción oral*, que empezó acaso con la aparición misma del lenguaje; (ii) la segunda, de la *traducción escrita*, la cual principia poco después de la aparición de la escritura, hace cinco o cinco mil quinientos años; (iii) la tercera etapa, iniciada por Cicerón, la cual no se caracteriza por la desaparición del ejercicio oral o escrito de la traducción, sino por la introducción por parte de Cicerón de la novedad de analizar la actividad traductora; y (iv) la cuarta etapa, de la *teorización*, la cual comienza con Alexander F. Tytler (*Essay on the principles of translation*, 1791) y Scheleirmacher (1813) y se extiende hasta la actualidad.⁴⁴⁹

Ahora bien, la historia de la traducción no ha sido en absoluto objeto de unanimidad. Esta situación ha dado lugar a diferencias radicales en lo que a la determinación de sus etapas se refiere. A este respecto, algunos estudiosos de esta materia entienden que la

⁴⁴⁷ MACHADO TORRES, Olga, “Desarrollo histórico del derecho de autor en la traducción”, ACIMED, Cuba, 2001, Pág. 145. Aportación disponible en Internet en la siguiente dirección electrónica: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol9_2_02/aci08201.pdf

⁴⁴⁸ Vid. ZARROUK, Mourad, “Microhistoria e historia de la traducción”, SENDEBAR, Revista de la FTI, N° 17, 2006, Págs. 6 y 7.

⁴⁴⁹ Vid. SANTOYO, Julio César, *Teoría y crítica de la traducción. Antología*, Bellaterra: Universidad de Barcelona, 1987, Pág. 7.

historia de la traducción debe reconstruirse independientemente de la historia de la teoría de la traducción. Según apunta ZARROUK, las ideas sobre los procedimientos de traducción y los problemas que plantea el ejercicio de tal actividad, efectivamente, fueron expuestas en distintas fases cronológicas y en el marco de la reflexión sobre la forma del texto traducido. Sin embargo, la historia de la traducción en su sentido más ortodoxo, ha de versar sobre la relación del hombre con esta actividad en su dimensión práctica; debe analizar en qué circunstancias el hombre procuró anular las barreras lingüísticas y estudiar el modo de proceder de los traductores, el contexto histórico e ideológico de la actividad traductora.⁴⁵⁰

Entendido así el asunto, podríamos hablar del siglo XX como el siglo de la traducción, aunque esta denominación corresponde, únicamente a su auge y no a su verdadero origen, creación, ni recreación, pues esta actividad, según explica MACHADO TORRES, tuvo su asiento y florecimiento hacia los años 3500 a.n.e. en el valle situado entre los ríos Tigris y Éufrates, en la llanura central que actualmente ocupa Turquía. La cultura mesopotámica podría considerarse como una cultura de traducción. El sumerio por ser un idioma cuyos elementos eran cortos y abundantes en homónimos, permitió desarrollar con cierta facilidad su forma de escritura fonética y al ser sustituida por la asiria, se elaboraron diccionarios, y luego de sucesivas adaptaciones y reestructuraciones, su alfabeto se adaptó al antiguo persa. La impresión sobre barro blando hizo que hubiera escuelas en las que futuros escribas y traductores se hicieron expertos en la escritura. El hecho de que los escribas de Sumeria y Akkadia se reconozcan como los creadores de los primeros glosarios de que se tienen noticias, da una medida del reconocimiento moral aunque no legislado, de la propiedad sobre una

⁴⁵⁰ Vid. ZARROUK, Mourad, "Microhistoria e historia de la traducción", SENDEBAR, Revista de la FTI, N° 17, 2006, Pág. 8.

obra creada por el intelecto humano. Igualmente ha llegado hasta nuestros días una traducción del prólogo a la Sabiduría de Jesús ben Sira, traducido del hebreo al griego en el año 132 a.n.e., en la que por primera vez se hace referencia en la obra al traductor.⁴⁵¹

A partir de entonces, contamos con una serie de documentos históricos que nos van mostrando la evolución de estas prácticas a través del tiempo. Ahora bien, evidentemente, el momento que marca el punto de partida para un verdadero desarrollo y difusión de las obras traducidas es el establecido por la invención de la imprenta, época histórica en la que por primera vez puede hablarse de una verdadera distribución de obras. Sin embargo, tal y como lo comentábamos anteriormente, el verdadero auge de la traducción no debe encuadrarse sino hasta el siglo pasado.

En definitiva, y pese a todos los avatares, lo cierto es que en el planeta conviven hoy por hoy varios cientos de lenguas. Lenguas a partir de las que, según explica RECODER, se facilitan las relaciones humanas de todo tipo, se transmite información y se genera conocimiento, tal y como viene ocurriendo desde hace miles de años. Y también como sucede desde hace miles de años, estas relaciones, informaciones y conocimientos se plasman en documentos. Y son precisamente estos documentos los que atestiguan la existencia de intérpretes y traductores ya desde la Antigüedad (Egipto, Grecia o el Imperio romano por ejemplo) y gracias a eso hoy día se sabe que sus actividades estaban integradas en la administración, el comercio, la vida religiosa, el ejército, etc. Se conoce también que, en un proceso lento pero imparable, durante los siglos que abarca la Edad Media europea, los traductores fueron ganando prestigio y reconocimiento, y

⁴⁵¹ MACHADO TORRES, Olga, “Desarrollo histórico del derecho de autor en la traducción”, ACIMED, Cuba, 2001, Pág. 146. Aportación disponible en Internet en la siguiente dirección electrónica: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol9_2_02/aci08201.pdf

que gracias a su labor se difundieron textos escritos originalmente en árabe, griego, latín o hebreo por citar algunos ejemplos significativos. Y que en todas las campañas militares y comerciales que se llevaron a cabo desde los inicios de la expansión europea hasta épocas contemporáneas, los intérpretes facilitaron los contactos con otros pueblos. Y en fin, llegados al siglo XXI, en un mundo tan complejo y globalizado como el actual, es ampliamente sabido que pocas actividades se llevan a cabo sin que medie, en cierta forma, una actividad traductora.⁴⁵²

2.1.2. *Concepto y aspectos generales de la traducción*

Según lo dispuesto en el glosario de términos sobre Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la traducción *es la expresión de obras escritas u orales en un idioma distinto al de la versión original*.⁴⁵³

Asimismo, en palabras del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, traducir es *expresar en una lengua lo que está escrito o se ha expresado antes en otra*.⁴⁵⁴ Por otra parte, en lingüística, la acción de traducción no es más que el proceso de llevar a la lengua de llegada un texto elaborado en otra lengua, la de partida.

Ahora bien, sea cual fuera la definición: lingüística o jurídica; la práctica totalidad de las legislaciones del mundo protegen a la traducción como obra derivada, pues “la creación que hace el traductor sobre la obra preexistente no va en detrimento del derecho de su autor, siempre que haya obtenido su autorización para realizarla.

⁴⁵² RECODER, María José y CID, Pilar, “Traducción y documentación: cooperar para difundir la información” [online]. “Hipertext.net”, <<http://www.hipertext.net>> [Consulta: 26/06/2007]. ISSN 1695-5498, Núm. 1, 2003.

⁴⁵³ V.V.A.A., *Glosario de derechos de autor y Derechos conexos*, OMPI, Ginebra, 1981, Pág. 259.

⁴⁵⁴ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>. El referido diccionario ofrece además otras dos definiciones de este término, indicando que puede significar asimismo: convertir, mudar, trocar, o bien explicar, interpretar.

Asimismo, el autor de la traducción deberá ser consultado para realizar otra traducción de la suya.”⁴⁵⁵

Y es que hoy por hoy no se discute ya que el trabajo de verter en otra lengua (o dialecto) una obra literaria o científica, en que consiste la traducción, constituye también una labor creativa y lleva la impronta de la personalidad de quien la hace.⁴⁵⁶ “La calidad técnica de la traducción y el distinto valor literario de la misma depende de un gran número de elementos, conexos entre sí y, todo ello, aunado con la capacidad del traductor, su conocimiento de la lengua original de la obra y de aquella otra a la que la vierte, su sensibilidad artística, preparación científica, su propio estilo literario, etc., hace de la obra traducida y del trabajo del traductor un nuevo objeto de propiedad intelectual protegido por todas las legislaciones.”⁴⁵⁷

Evidentemente, la obra traducida no queda desligada de la obra de la que trae causa, y por ello el TRLPI faculta al autor originario para decidir sobre la traducción de su obra en cuanto ésta pueda realizarse, publicarse, reproducirse, distribuirse o ser comunicada públicamente bajo esa nueva forma de expresión.

Por otra parte, las traducciones deben respetar fielmente el contenido y el estilo de la obra original, sin estar autorizado a cambiar el orden de las oraciones ni el modo en que

⁴⁵⁵ MACHADO TORRES, Olga, “Desarrollo histórico del derecho de autor en la traducción”, ACIMED, Cuba, 2001, Pág. 145. Aportación disponible en Internet en la siguiente dirección electrónica: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol9_2_02/aci08201.pdf

⁴⁵⁶ De hecho, en un reconocimiento de esa importante labor del traductor la Conferencia General de la UNESCO en su XIX reunión aprobó en su día la Recomendación sobre la protección jurídica de los traductores y de las traducciones y sobre los medios prácticos de mejorar la situación de los traductores (Nairobi, 22 de noviembre de 1976). Las disposiciones de la Recomendación deberían ser aplicadas por los Estados miembros adoptando las medidas legislativas nacionales o de otra índole que fueran necesarias y de conformidad con las prácticas y los principios constitucionales de cada Estado. Un estudio más pormenorizado al respecto se encuentra en LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Págs. 888 a 890.

⁴⁵⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 440.

se desarrolla la acción.⁴⁵⁸ “Esto obliga al traductor a superar problemas idiomáticos que, en ocasiones, son de tal importancia que pueden demandar una verdadera recreación lingüística de la obra (ello ocurre con frecuencia en poesía). Pero aún cuando los obstáculos con que tropiece el traductor no sean de tanta magnitud, lo cierto es que la traducción siempre requiere del dominio creativo de otro idioma y de un considerable esfuerzo de traslación del pensamiento del autor.”⁴⁵⁹

La traducción puede hacerse a cualquier lengua viva o muerta, e incluso, como hemos adelantado anteriormente, a un dialecto.⁴⁶⁰ Según apunta RIVERO HERNÁNDEZ, como derecho exclusivo del autor, comprende también la retraducción a la lengua original, aunque parece esto más una afirmación teórica que útil o con sentido práctico. Asimismo, la traducción se limita casi exclusivamente a las obras literarias y científicas, es decir, aquellas que tienen a la palabra, al lenguaje hablado, como medio de expresión de sus contenidos intelectuales o artísticos. Por cuanto tienen de común con aquellas, puede ser también objeto de traducción, y se asimila a ésta, el doblaje de las obras cinematográficas y obras audiovisuales. No cabe, en cambio, para las obras estrictamente musicales, cuyo lenguaje en notas de pentagrama es universal. En las obras dramático-musicales sólo puede ser objeto de traducción la parte literaria.⁴⁶¹

También, queda descartada la existencia de obra protegible cuando se trata de traducciones estrictamente literales de obras rutinarias y/o carentes de extensión o

⁴⁵⁸ Vid. COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Pág.30.

⁴⁵⁹ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 113.

⁴⁶⁰ Esto incluye naturalmente la traducción a lengua de signos, al braille y/o a cualquier otra forma de lenguaje o comunicación.

⁴⁶¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 440 y 441.

complejidad: cartas comerciales, telegramas, programas, guías, etc., dado que estos son casos en los que resulta cuestionable la condición de obra de la creación originaria.⁴⁶²

Asimismo, hay que tener en cuenta la excepción que establece el artículo 13 del TRLPI con relación a las traducciones oficiales de las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y de los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, que en virtud del referido artículo no son objeto de propiedad intelectual.

Por otra parte, es preciso destacar que como las distintas traducciones de una determinada obra tienen siempre el mismo punto de partida, esto es, el texto original, puede resultar complejo el demostrar la existencia de plagio. Ante dicha situación y para contar con elementos probatorios del ilícito, algunos traductores hacen uso de ciertos recursos como, por ejemplo, el incluir pequeñas erratas cuya reproducción en otra traducción del mismo texto podrían ciertamente ayudar a demostrar el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.⁴⁶³

Ahora bien, se trata en definitiva de una decisión que han de tomar los Tribunales correspondientes sirviéndose de las diferentes pruebas que puedan aportar las partes y de una comparación exhaustiva entre ambas obras. Así quedó de manifiesto en un caso manejado por el Tribunal Supremo en el que una vez analizadas las obras objeto de litigio y realizados los peritajes correspondientes se llegó a la siguiente conclusión:

“...las coincidencias cualitativa y cuantitativamente significativas entre la versión del demandado y la traducción del actor, que se exterioriza en los parafraseos, estructuras sintácticas, similitud léxica y verbal, así como que en la traducción del demandado

⁴⁶² Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 202.

⁴⁶³ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 114.

parece que no hay una verdadera aportación original, hechos estos de los que no cabe llegar a otra conclusión que la de que el demandado -que admite haberse servido de la traducción del actor para realizar adaptación teatral de la obra del autor inglés-, reprodujo, en parte, la del actor.”⁴⁶⁴

2.1.3. La interpretación

Al consultar el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vemos que cuando el mismo define el verbo *traducir* uno de sus significados es el de *explicar, interpretar*. Asimismo, cuando buscamos el significado de *interpretar* dicho diccionario nos expone que se trata de *explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto o bien, traducir de una lengua a otra, sobre todo cuando se hace oralmente*.⁴⁶⁵

Esta figura, en la forma en que aquí se expresa, es muy similar a la traducción y no debe ser confundida con la interpretación musical o artística a la que se refieren los artículos 105 y siguientes del TRLPI. Ahora bien, esta idea no es del todo evidente y quizás sí que podrían englobarse estas actuaciones dentro del Libro II del TRLPI, habida cuenta de que en nuestro ordenamiento jurídico carecemos de una definición legal de la actuación y/o de la interpretación como objeto de propiedad intelectual. Y esto se debe principalmente a que, como señala DE ROMÁN PÉREZ, las interpretaciones y ejecuciones constituyen una realidad diversa y cambiante según la clase de obra a interpretar. No puede equipararse el resultado de ejecutar una obra musical, representar

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1268/1993 (Sala de lo Civil), de 29 de diciembre [RJ 1993\10161].

⁴⁶⁵ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

una obra de teatro o recitar un poema, pues se trata de trabajos distintos que requieren un modo de actuar diferente por parte de los intérpretes.⁴⁶⁶

De esta diversidad nos da una idea el artículo 105 del TRLPI cuando dice que “*se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra*” y el artículo 2 letra a) del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución de fonogramas⁴⁶⁷ cuando señala que “*se entenderá por artistas intérpretes o ejecutantes, todos los actores, cantantes, músicos, bailarines y otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folklore*”.

Así pues la diferenciación entre una y otra figura, en principio, no parece tan clara. Ahora bien, para los fines del presente estudio entenderemos a la interpretación como a una variante de la traducción, la cual conlleva la transformación de la obra preexistente a otras formas del lenguaje; una facultad que, como se establece de forma reiterada a lo largo de este estudio, no es predicable de los titulares de derechos del Libro II del TRLPI.⁴⁶⁸ Se trata, en definitiva, de una traducción oral y simultánea a la exteriorización de una obra. Según BAIGORRI JALÓN, para que una persona pueda llegar a ejercer el oficio de intérprete tiene que cumplir con una serie de condiciones previas indispensables. Tiene que conocer los idiomas entre los que vaya a interpretar. También debe estar familiarizado con las culturas asociadas a esos idiomas y con los

⁴⁶⁶ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 90 y 91.

⁴⁶⁷ También conocido como Tratado WPPT, por sus siglas en inglés (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*), fue adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

⁴⁶⁸ Esta es la posición preponderante en la doctrina. En este sentido, véase por todos a BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Las artes escénicas y su configuración jurídica”, RCDI, Vol. 703, 2007, Págs. 1985 a 2016. Dicho esto sin perjuicio de que autores como ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y autoría*, REUS, Madrid, 2004, sostengan todo lo contrario.

temas sobre los que vaya a versar el acto en el que se produzca la mediación. Además, y esto es algo que suelen pasar por alto quienes no conocen la materia, tiene que saber interpretar profesionalmente (técnica y código deontológico).⁴⁶⁹

Este tipo de obras, en tanto que traducciones, vienen reconocidas en los artículos 11 y 21 del TRLPI. Así las cosas, las interpretaciones han de reunir los mismos requisitos que las traducciones, esto es, básicamente el respetar fielmente el contenido y el estilo de la obra original, sin estar autorizado a cambiar el orden de las oraciones ni el modo en que se desarrolla dicha obra.

Por lo demás, el hecho de que las interpretaciones sean expresadas oralmente no es óbice para que, en su caso, sean reconocidas como obras dentro del artículo 10 del TRLPI, toda vez que dicha norma reconoce como objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales expresadas por cualquier medio o soporte, sea éste tangible o no.

2.2. La Adaptación

Según lo dispuesto en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y para lo que aquí nos interesa, *adaptar* significa *modificar una obra científica, literaria, musical, etc., para que pueda difundirse entre público distinto de aquel al cual iba destinada o darle una forma diferente de la original*.⁴⁷⁰ Así pues, la adaptación puede ser reconocida como una práctica de transposición; es decir, “transpolar un género específico en otro modo genérico, un acto de revisión en sí mismo. Puede asemejarse a

⁴⁶⁹ BAIGORRI JALÓN, Jesús, “Guerras, extremos, intérpretes” en MUÑOZ MARTÍN, Ricardo, *Actas del I Congreso Internacional de la Asociación Ibérica de Estudios de Traducción e Interpretación. Granada 12-14 febrero 2003*, AIETI, Vol. I, Granada, 2003, Págs. 159-176.

⁴⁷⁰ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

la práctica editorial en ciertos aspectos, al complacerse en el ejercicio de ajustar y reducir; y a la vez puede tratarse de un proceso de ampliación que se ocupa de añadir, expandir, aumentar o interpolar”⁴⁷¹ a fin de crear una obra distinta y más completa.

“Las adaptaciones están protegidas por todas las legislaciones de derecho de autor y junto con las traducciones, constituyen las categorías más difundidas de obras derivadas. Ahora bien, frente a las traducciones, cuya originalidad reside únicamente en la expresión, las adaptaciones, incluso dentro del campo literario, son originales por la expresión y por la composición.”⁴⁷²

Sin embargo, lo anterior no es óbice para que aquello que en principio se configura como una traducción llegue a albergar las características propias de la adaptación. Esto se pone de manifiesto en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que establece lo siguiente:

*“Consistiendo la traducción en la interpretación más o menos libre de lo expuesto en un idioma diferente a aquel en el que se expresa el traductor, la modificación del resultado para la versificación en castellano del texto extranjero, excede la sola traducción y constituye un supuesto de «adaptación» de la obra, cuya esencialidad y trascendencia a la que conforman la conjunción de los elementos gráficos con los literarios, se evidencia por la indicación en la primera página del libro traducido de que se trata de la «Versión castellana de Manuel Serrat Crespo», con idéntica tipografía que la que identifica a los autores del texto original y de las fotografías.”*⁴⁷³

⁴⁷¹ Traducción propia de lo establecido en SANDERS, Julie, *Adaptation and Appropriation (The New Critical Idiom)*, Routledge, Nueva York, 2006, Pág. 18.

⁴⁷² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 203.

⁴⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 26 de noviembre de 1996 [AC 1996\2211].

De lo anterior se desprende que en la medida en la que se introduzcan variantes o modificaciones en la traducción de un texto determinado, podríamos encontrarnos, simultáneamente, ante una adaptación, la cual, de no haber sido autorizada por el titular de los derechos correspondientes constituiría, en principio, una violación al derecho de transformación de este último.

Por otra parte, y centrándonos en el tema que ahora nos ocupa, por medio de la adaptación una obra pasa de un género a otro (como es el caso de adaptaciones cinematográficas o televisivas de obras literarias), o bien se varía la obra sin cambiar de género (por ejemplo cuando se aumenta el número de capítulos de una determinada obra, ya sea esta, por ejemplo, una obra literaria por fascículos o bien una serie de televisión).

La adaptación debe respetar la obra preexistente. En principio, “el autor de la obra derivada debe ceñirse a la obra que adapta y efectuar una adaptación fiel. La medida en que puede apartarse de la obra preexistente mediante la introducción de elementos ajenos a aquella y realizar una adaptación libre, e incluso utilizarla solo como inspiración en la nueva obra, depende de la autorización que para ello le otorgue expresamente el autor de la obra primigenia.”⁴⁷⁴ Y es que, para todo tipo de adaptaciones es precisa la autorización del autor original o de sus causahabientes durante el tiempo de protección de la obra, es decir, antes de pasar a dominio público.⁴⁷⁵

Así lo han puesto de manifiesto los Tribunales en innumerables ocasiones. De manera específica podemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga cuando

⁴⁷⁴ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 113.

⁴⁷⁵ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 442.

sobre la autorización necesaria y sobre la originalidad de las adaptaciones establece lo siguiente:

“Ciertamente es que el derecho de autor sobre la obra adaptada o transformada corresponde al autor de la adaptación, pero no lo es menos que ésta no cabe sea realizada sin permiso del autor de la obra que se transforma, titular del derecho de explotación (Art. 21.2). Y es de tener en cuenta que en el supuesto de autos de la mera comparación visual entre el dibujo del que es autor el señor G. y el utilizado por la demandada en los años 1993 y siguientes resulta claro el propósito de reproducir el dibujo original, a partir del cual y aprovechando la labor creativa y esfuerzo intelectual del demandante, se confeccionó el muñeco que como mascota se utiliza en las jornadas deportivas de la Asociación, sin consentimiento del actor.

Producida la violación del derecho del demandante, al haberse divulgado y transformado su obra en forma no autorizada por él, que como facultad comprendida en el derecho moral le permite poder exigir respeto a la integridad de su obra, e impedir cualquier modificación, alteración o deformación de la misma, no cabe más que reafirmar la condena impuesta -aunque en el importe que a continuación se expondrá- a quien la causó.”⁴⁷⁶

Por otra parte, hemos de señalar que el campo de las adaptaciones es especialmente importante en relación con las obras escénicas. Como decíamos, “la originalidad queda favorecida en estos supuestos al utilizar un género literario o artístico distinto y al utilizar medios expresivos distintos: poesía a novela, novela a fotonovela o historieta

⁴⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 170/2001 (Sección 5ª), de 15 de marzo de 2001 [AC 2001\1543]. En consonancia con lo que venimos predicando a lo largo de este estudio, debemos resaltar, una vez más, que no estamos de acuerdo con la equiparación que hace la indicada sentencia entre derecho moral a la integridad de la obra y derecho de explotación a la transformación.

gráfica, novela a obra dramática, obra dramática a composición musical y viceversa.”⁴⁷⁷

Ahora bien, es en el teatro y en los medios audiovisuales, en especial en el cine y la televisión donde se puede más claramente apreciar el concepto de adaptación.

Efectivamente, entre un 30% y un 40% de las películas que se producen cada año en el mundo están basadas en obras literarias. Añadiendo a este porcentaje, el de las películas basadas en biografías, alcanzamos un 50% de adaptaciones literarias con respecto al volumen total de producción cinematográfica anual. Otro dato representativo, es el de los grandes premios cinematográficos en el que el 85% de los filmes galardonados con el “Oscar® a la mejor película” son adaptaciones; el 45% de las películas realizadas para televisión son adaptaciones, y hay un 70% de ellas que reciben un premio Emmy®.⁴⁷⁸ Asimismo, un 80% del total de miniseries son adaptaciones, de las que el 95% son premiadas con un Emmy®.⁴⁷⁹

Igualmente, en España, el número de adaptaciones con respecto al volumen total de películas producidas también ha ido aumentando notablemente con el paso de los años. Ejemplos de ello los encontramos en *El maestro de esgrima* que ganó un Goya al mejor guión adaptado, *El Rey pasmado*, *El viaje a ninguna parte*, basada en una obra teatral, *El bosque animado*, entre muchas otras.

Ahora bien, llevar a cabo la adaptación de una obra literaria a un medio audiovisual no es cosa sencilla. Según BOCANEGRA, dicha labor supone afrontar diversas

⁴⁷⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 203.

⁴⁷⁸ La denominación “Oscar”® así como la estatuilla que la representa, son marcas registradas a favor de la Academia de las Artes y las Ciencias Cinematográficas de los Estados Unidos que anualmente galardona los mejores trabajos en materia de cine. Por su parte la denominación “Emmy”® y la estatuilla que la representa, son marcas registradas a favor de la Academia de las Artes y las Ciencias Televisivas, que, de la misma manera, anualmente concede un galardón a los mejores trabajos realizados para la televisión.

⁴⁷⁹ Datos porcentuales obtenidos de SEGER, Linda, *The Art of Adaptation: Turning Fact and Fiction into Film*, Owl Books, New York 1992; traducción al castellano: *El arte de la adaptación: Cómo convertir hechos y ficciones en películas*, Rialp, Madrid, 1993.

circunstancias, como el presupuesto y recursos necesarios para transformar un texto en imágenes, la imaginación de los cineastas, las expectativas de los lectores y, principalmente, las diferencias entre ambas formas de comunicación. Además, mantenerse fiel al desarrollo de un argumento literario por lo general supera con creces el metraje de una película comercial, motivo por el cual muchas veces las adaptaciones han acabado convertidas en series de televisión, como el caso de la novela “*It*”, de Stephen King, o trilogías cinematográficas, como la de Peter Jackson sobre *El señor de los anillos* de J. R. R. Tolkien. Por todo ello, los cineastas se ven obligados a utilizar en sus adaptaciones recursos como la voz en *off* o planos descriptivos de paisajes o situaciones, así como la adaptación de los diálogos al lenguaje del cine. Y es que, en definitiva, no se trata de hacer un simple resumen de la obra literaria para transformarla en imágenes, sino que el adaptador se enfrentará a un trabajo arduo de selección de escenas y ordenación de las mismas (muchas veces alteradas), eliminación –e incluso creación- de personajes, etcétera, para conseguir un producto final que se corresponda con los objetivos de la producción.⁴⁸⁰

Así pues, es evidente que la adaptación cinematográfica o televisiva exige que se lleven a cabo una serie de modificaciones por parte del adaptador, que van desde cambios en el plan de desarrollo de la acción o bien en la expresión, y es ahí precisamente donde radica el menor o mayor grado de aportación original del adaptador. Dicho esfuerzo personal es indispensable, como bien lo señala la jurisprudencia francesa:⁴⁸¹

“La expresión cinematográfica no se limita a los moldes de un texto, por denso y prestigioso que fuera, mientras que una película debe llegarle a un público muy

⁴⁸⁰ BOCANEGRA, Vanesa, “Cine y Literatura”, ponencia en el Seminario Virtual, Cine y Literatura Fantástica. Esferas de la lectura, Fundación Alonso Quijano. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.alonsoquijano.org/esferas/>

⁴⁸¹ París, 13 de mayo de 1964: JCP 64, 13932.

*variado y los diálogos deben armonizarse con el movimiento y las imágenes que son la esencia del arte cinematográfico ”.*⁴⁸²

Así las cosas, y en consonancia con todo lo anterior, vemos que el género de obras preexistentes que más se utilizan en materia de adaptación audiovisual es el de las obras literarias lo que no suele suceder con las obras musicales y las plásticas.

Evidentemente que para llevar a cabo tal adaptación de una obra literaria al cine o a la televisión es necesaria la cesión del derecho de transformación por parte del titular correspondiente. El contrato por el cual se lleva a cabo esa cesión es de vital importancia para los productores audiovisuales, por lo que, antes de formalizar el contrato, es importante determinar quién es el titular del derecho de transformación, ya que el autor puede haber cedido ciertos derechos de explotación al editor o a cualquier otro tercero. Resulta imprescindible, pues, determinar cuáles son los derechos que conserva el autor, pues si ha cedido en exclusiva el derecho de transformación, quien pretenda llevar a cabo la adaptación de la obra deberá dirigirse al titular del indicado derecho para poder realizarla.⁴⁸³

No obstante, y como se señala en el *Libro blanco del audiovisual*, al poder afectar el derecho de transformación al derecho moral de integridad (aunque no necesariamente), puede ser preciso recabar la autorización expresa del autor, además de la del cesionario en exclusiva, para poder llevar a cabo la adaptación de la obra de que se trate. Esta comprobación del titular de los derechos es conocida en la industria audiovisual

⁴⁸² Extracto de sentencia recogida y traducida por COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Págs. 29 y 30.

⁴⁸³ Vid. ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Págs. 87 a 89.

anglosajona como *chain of title*, es decir, la cadena de derechos o de contratos por los que ha ido pasando la obra hasta llegar al actual titular.⁴⁸⁴

Por otra parte, según apunta ALONSO PALMA, en las obras audiovisuales derivadas pueden plantearse conflictos dimanantes de la forma en que se ha llevado a cabo la adaptación, muchos de ellos imprevisibles, pero otros evitables previendo en el contrato las incidencias que puedan surgir, atemperando los efectos con cláusulas que regulen detalladamente las obligaciones de cada parte y otras cuestiones relacionadas con esta materia. Efectivamente, puede darse el caso de que un autor ceda su derecho de transformación sobre su obra y luego no quede satisfecho con el resultado de esa transformación. En tal caso, el autor podría invocar su derecho moral a la integridad de su obra – en el supuesto de que se reúnan los requisitos necesarios para ello - y poner así en serio aprieto al productor de la obra audiovisual, pues la posible colisión entre el derecho de transformación y el derecho a la integridad es evidente. O también puede suceder que el autor de la obra preexistente no entienda vulnerado su derecho moral de integridad, sino las obligaciones contractuales expresamente pactadas, ya que en el contrato pueden haberse establecido como obligaciones del productor a recibir el asesoramiento por parte del autor o la consulta previa antes de introducirse modificaciones sustanciales en la historia, por ejemplo.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Vid. ÉCIJA BERNAL, Hugo (director) et. al., *Libro Blanco del Audiovisual: Cómo producir, distribuir y financiar una obra audiovisual*, Écija & Asociados Abogados, Ed. Exportfilm, Madrid, 2000, Págs. 50 y siguientes.

⁴⁸⁵ Vid. ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Págs. 87 a 89. En este punto, resulta interesante traer a colación una sentencia citada y estudiada por este autor en la misma obra aquí citada (Págs. 89 y 90) que ilustra inmejorablemente la problemática que acabamos de exponer. Javier Marías, autor del libro *Todas las almas* y Elías Querejeta firmaron un contrato de cesión de derechos para la adaptación cinematográfica de dicha novela, en el cual se cedía el derecho de transformación para la explotación de la obra en salas de cine, en vídeo y televisión. En una de sus cláusulas se regulaba la participación del escritor en el desarrollo del proyecto, y, si bien se establecía que este no participaría en el guión ni en la realización, acto seguido se estipulaba que el productor debía “mantener informado al autor sobre las diferentes fases del proceso de guión y realización de forma que se garantice el respeto de la adaptación cinematográfica

2.3. *Revisiones, actualizaciones y anotaciones*

Según lo dispuesto en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española *revisar* significa *someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo*. En cuanto a la actualización, dicho diccionario establece que se trata de la acción y efecto de *actualizar* lo que, a su vez, significa *poner al día, darle actualidad a algo*. Por otra parte, al hablar del significado de *anotar* el referido recurso establece que consiste en *poner notas en un escrito, una cuenta o un libro*.⁴⁸⁶

Teniendo esto en cuenta, a modo introductorio, podemos establecer que, según indica LIPSZYC, las anotaciones y los comentarios son obras derivadas originales en la composición y en la expresión. En principio les son aplicables las reglas sobre las adaptaciones. Sin embargo, cuando se trata de anotaciones y comentarios a creaciones o trabajos no protegidos por el derecho de autor o a obras que han entrado en el dominio público, las ediciones respectivas constituyen obras originales. Sin embargo, los autores de las anotaciones y comentarios sólo adquieren derechos exclusivos sobre éstos, por lo que no podrán oponerse a que otros también hagan los propios sobre las mismas obras preexistentes.⁴⁸⁷

No obstante lo anterior, no son obras derivadas por carecer de originalidad las nuevas revisiones y actualizaciones rutinarias. No basta, pues, con revisiones básicas del lenguaje, con la introducción de índices, con pequeños cambios o cortes introducidos

al espíritu de la obra”. Basándose en esta cláusula, el escritor interpuso una demanda instando la resolución del contrato y solicitando una indemnización por daños morales. La demanda fue estimada en su aspecto principal, declarándose resuelto el contrato por incumplimiento del productor, quedando el demandante en libertad para ceder los derechos de adaptación cinematográfica a otra productora y condenándose a la productora de Elías Querejeta a indemnizar los daños morales y a suprimir de los títulos de crédito de la película *El último viaje de Robert Rylands* la indicación de que era una adaptación de la obra de Javier Marías *Todas las almas* y cualquier referencia a dicho título y autor.

⁴⁸⁶ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

⁴⁸⁷ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 117.

sobre la marcha a la hora de representar una obra dramática, que son del todo insustanciales y que no alteran el contenido y el sentido de la misma. Tampoco resultan suficientes las actualizaciones de obras científico-técnicas impuestas por exigencias científicas o técnicas (como por ejemplo, añadir la nueva bibliografía, la nueva legislación y suprimir la antigua, cuando ello no suponga un cambio del sentido de la obra). Hace falta que la reelaboración o los añadidos y supresiones sean sustanciales o significativos.⁴⁸⁸

Es preciso destacar, por otra parte, que se incluyen juntas en este estudio estas tres modalidades (revisiones, actualizaciones y anotaciones) porque así vienen establecidas en el artículo 11.2º del TRLPI, y por el parentesco o proximidad que guardan entre sí. Sin embargo, cada una de estas figuras tiene ciertas particularidades específicas.

Vemos que, en consonancia con las definiciones establecidas al principio de este apartado, la revisión, según apunta RIVERO HERNÁNDEZ, se caracteriza por ser una especie de refacción, hecha por el continuador de la obra originaria, cuyos elementos preexistentes son utilizados básicamente para esa reelaboración, para la que no serían suficientes, sin embargo, unas simples notas o comentarios añadidos al texto primitivo. Hay incorporación de nuevos elementos intelectuales, aportación de novedad y rejuvenecimiento de la obra original, que se presenta ahora no sólo como nueva (derivada), sino como refundición de lo antiguo y lo nuevo en una unidad distinta de la anterior.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 203.

⁴⁸⁹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 442.

En virtud de lo anterior, vemos que, como para todos los tipos de obras, sean éstas derivadas o no, la originalidad es requisito indispensable a la hora de conceder protección jurídica a las revisiones. De forma ilustrativa podemos citar una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que establece lo siguiente:

“Como quiera que Quaderns Crema, SA había alegado que la actora carecía de derecho a publicar las obras -de cuyas facultades de explotación es cesionaria- en la versión que el propio poeta les dio al confeccionar Poesía 1957 (cuyos derechos de explotación pertenecen a aquélla), y dado que en esta obra el poeta -según alega la demandada- no se limita a recopilar o reunir obras poéticas anteriores, conformando una colección, sino que, además, revisa en cierta medida los textos de esas obras, el Sr. Magistrado (que no escatimó argumentos para dar respuesta a cuantas alegaciones, trascendentes o no, hicieron las partes) quiso determinar si esa revisión alcanzaba la categoría de obra de contenido intelectual nuevo y distinto, en cuanto obra derivada o transformación de las diversas obras anteriores que conforman esa recopilación.

En esa labor echó en falta, lógicamente, un dictamen pericial, pero su ausencia no le impidió expresar su percepción, y de ahí ciertas conclusiones referidas al alcance de la revisión del poeta: en el presente caso no hay motivo o al menos no ha quedado demostrado que Els Fruits y el Cor Quiet de actora y demandado difieran esencialmente, de suerte que se trate de un mismo tema versionado en diferente forma;... los poemas son esencialmente iguales...;... no estamos ante una obra radicalmente nueva, sino ante una versión de obras completas o antología...”⁴⁹⁰

⁴⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 18 de febrero de 2004 [AC 2004\832]. Cabe destacar que son muy pocas las sentencias que se ocupan de estos temas y que algunas de las que lo hacen se refieren al tema más bien de soslayo. Así pues la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 79/1998 (Sección 1ª), de 31 de marzo de 1998 [ARP 1998\2054], aborda el tema de la siguiente manera: “Todo lo anterior sitúa la conducta enjuiciada en el ámbito estrictamente

Por otra parte, “la actualización difiere –según la tesis predominante- de la revisión porque en ella no aparece la obra como refundida, sino que la puesta al día se hace mediante notas, a veces hojas añadidas al final del original o de alguna de sus partes (capítulos), cuyo texto inicial no es alterado.”⁴⁹¹

Ahora bien, en relación con los programas de ordenador,⁴⁹² y usado como un verbo, actualizar significa cambiar un sistema o un archivo de datos para hacerlo precisamente eso: más actual. Como sustantivo, una actualización es una nueva versión mejorada de un producto de *software* ya existente. Una actualización de un programa de ordenador añade nuevas características de relativamente poca importancia o corrige errores detectados cuando el programa ya ha salido al mercado.⁴⁹³ En la medida en la que tales actualizaciones supongan un cambio sustancial del programa de que se trate nos encontraremos, pues, con una obra derivada susceptible de protección por nuestro TRLPI.

Por último, la anotación, según RIVERO HERNÁNDEZ, es obra de persona distinta del autor de la obra original, que comenta ésta, cuyo original respeta y deja intacto, con su

criminal por cuanto entraña una vulneración intelectual intensa tanto en el plano moral como en el económico, dado que quien utiliza una obra previamente existente no se encuentra, por el mero reconocimiento de estar haciéndolo a modo de homenaje, facultado para verificar incorporaciones, ni efectuar transformaciones, ni recomposiciones, sin previa autorización, salvo a título de cita o análisis que respetaran la naturalidad y originalidad de la obra artística, y reconocieran lealmente su autoría, pues nótese que en el Art. 10 LPI se protegen asimismo las adaptaciones, revisiones y arreglos; mientras que, en el caso, se proclama y admite, ante lo evidente, una simple influencia estilística, a modo de inspiración, desde la que se ofrece una obra pretendidamente genuina aunque reconocidamente inspirada en el estilo mironiano, cuando en realidad es la misma obra de M. lo que se proyecta mediante simples alteraciones o recomposiciones, que no sólo no impiden la inmediata identificación de su procedencia intelectual sino que la aprovechan doblemente: en cuanto al crédito artístico de la obra y en cuanto a su identificación comercial con una reputada oferta turística, aunque la nieguen por remisión a una simple influencia inspiradora.”

⁴⁹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 442.

⁴⁹² Recordemos que nuestro TRLPI en su artículo 10.1.i) reconoce a los programas de ordenador como objeto de propiedad intelectual.

⁴⁹³ Vid. Voz: “Actualización,” en Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation.

propia opinión, para la que aquella le da ocasión y toma como base de sus anotaciones. Estas son originales en sus tesis o fondo, en su composición y en la expresión o estilo. Hay autonomía entre una y otra obra, y no se confunden, aunque van juntas en la obra derivada. No puede publicarse y comercializarse ésta sin la doble autorización del autor de la original y de la anotación (salvo, evidentemente, en el caso de que la obra originaria haya pasado al dominio público).⁴⁹⁴

No obstante lo anterior, en principio, los prólogos e introducciones, aunque se trata de obras que se publican conjuntamente con otras, no pueden asimilarse a las anotaciones ni constituyen otro tipo de obra derivada, sino que se trata de obras independientes.⁴⁹⁵

No ocurre igual con los epílogos, puesto que los mismos son la recapitulación o resumen de lo dicho en una obra, siendo necesario, pues, el remitirnos a lo aquí dispuesto para los extractos, resúmenes y compendios. La misma remisión habría que hacer con respecto a cualquier otro tipo de aportación cuando ello suponga una recapitulación o resumen de la obra de que se trate.⁴⁹⁶

Por lo demás, no está de más el resaltar nuevamente que para todas las obras intelectuales que abarca este apartado, esto es revisiones, actualizaciones y anotaciones, el requisito indispensable es que se trate de una aportación creativa lo suficientemente original como para distinguirla de la obra preexistente. De ahí, insistimos, que no sea suficiente la incorporación de cambios sutiles que no diferencien una obra de la otra.

⁴⁹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 442 y 443.

⁴⁹⁵ En este sentido, recordemos lo dispuesto en el artículo 9.2 del TRLPI: “9.2- *La obra que constituya creación autónoma se considerará independiente, aunque se publique conjuntamente con otras.*” A lo ya indicado sobre este tipo de obras en el presente estudio nos remitimos. Vid. Supra. Capítulo Segundo, Pág. 159.

⁴⁹⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 204.

2.4. Compendios, resúmenes y extractos

Cuando hablamos de *compendio* nos estamos refiriendo a una *breve y sumaria exposición, oral o escrita, de lo más sustancial de una materia ya expuesta latamente*. Por otra parte, *resumir* no es más que *reducir a términos breves y precisos, o considerar tan solo y repetir abreviadamente lo esencial de un asunto o materia*. Y por lo demás, al hablar de un *extracto* nos referimos al *resumen que se hace de un escrito cualquiera, expresando en términos precisos únicamente lo más sustancial*.⁴⁹⁷

Así pues, los compendios, resúmenes y extractos presentan un escaso margen para la creación original. Normalmente ésta no puede existir cuando se trata simplemente de seleccionar pequeños trozos de una obra para comentarla.⁴⁹⁸ Sólo hay obra derivada si la abreviación implica una nueva redacción con propia composición y expresión, razón por la cual no son tampoco obras derivadas, en principio, las reseñas o revistas de prensa.⁴⁹⁹

El consentimiento del titular del derecho de explotación, así como del autor mismo (si éste es distinto de dicho titular), es importante en este caso, puesto que, según apunta BERCOVITZ, R., la explotación de un compendio o resumen afecta sin duda directamente a la cuota de mercado de la obra originaria, y puesto que puede suponer, si no es fiel a la obra originaria, una distorsión de la misma.⁵⁰⁰

Y es que, efectivamente, actividades de tal naturaleza comportan un grave riesgo para la obra original y su autor, ya que si no se hace bien el resumen o reducción, quedaría

⁴⁹⁷ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

⁴⁹⁸ En cuyo caso la situación se ajustaría más bien a lo dispuesto en el artículo 32 del TRLPI relativo al límite de cita.

⁴⁹⁹ Dicho esto también en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, cuyo segundo párrafo establece que las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas.

⁵⁰⁰ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 204.

desfigurada la idea, la tesis o la argumentación original, con grave detrimento para el prestigio científico del autor y su obra. De ahí, que ya antiguamente fuera prohibido de forma explícita en viejas leyes, como la nuestra de 1847.⁵⁰¹ Como bien señala RIVERO HERNÁNDEZ, hoy se halla subordinada su posibilidad, no sólo con vistas a la explotación del compendio, resumen o extracto, sino también en atención a valores intelectuales y de derecho moral, al consentimiento del autor. Autorizado ese compendio, resumen o extracto, y habida cuenta de la labor intelectual de quien lo hace, consistente en la difícil y más o menos acertada reducción de la obra original, se convierte en obra derivada, con protección, vida y explotación autónoma, si bien, como siempre, “sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente”, consistente aquí en el respeto y cumplimiento de las condiciones en que fue autorizada la transformación de esta clase, o del contrato correspondiente de explotación del compendio, resumen o extracto (forma habitual de concederse la preceptiva autorización).⁵⁰²

⁵⁰¹ Recuérdesse que su artículo 11 decía que: “*El permiso del autor es igualmente necesario para hacer un extracto o compendio de su obra.*”

⁵⁰² Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 443. Por otra parte, un interesante veredicto en relación a este tema, y de los pocos que existen al respecto, se trata de una Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2004 [AC 2004\850], que habla sobre los resúmenes de prensa. En este sentido, la referida resolución se expresa de la siguiente manera: “*A partir de aquí, se puede argumentar que un «resumen de prensa» es una «revista de prensa» y que, incluso, se podría ajustar al tenor del artículo 11 del TRLPI como obra derivada. Como señala este artículo en su apartado 3, obras derivadas son «compendios, resúmenes y extractos» de otras «obras originales». Si bien, también es cierto que el TRLPI señala que aunque la obra derivada tiene sus propios derechos de propiedad intelectual, los mismos se ejercen «sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original». El «resumen de prensa», asimilado a «revista de prensa» sin más y con la consideración o no de «obra derivada», en tanto que «recopilación periódica», tiene un límite a los derechos de autor, a través del cual el legislador hubiera querido asegurar la posición prevaleciente de derechos como los del artículo 20 de la Constitución Española de 1978. De esta forma, la información, como bien público, al pasar por el tamiz de los medios de comunicación social, no solamente se difunde, sino que se convierte en un bien privado, siquiera de forma fugaz, para que, una vez publicada como obra colectiva, pierda, en ciertos casos, esa condición y recupere la de bien público. Pero también se puede argumentar que una cosa es el «resumen de prensa» y otra bien distinta la «revista de prensa»; siendo una «revista de prensa» en la práctica periodística no más que una sección de un diario, que de forma sumaria reproduce parcialmente lo que otros medios de comunicación han publicado. Al hilo de ello se deriva un principio implícito quid pro quo (de*

2.5. Los arreglos musicales

Según lo dispuesto en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en lo que aquí nos interesa, un arreglo es la *transformación de una obra musical para poder interpretarla con instrumentos o voces distintos a los originales*.⁵⁰³ Sin embargo, de acuerdo con la acepción técnica, con el término “arreglo musical” se designa a la adaptación de una composición para un medio diferente de aquel para el cual fue escrito originalmente, de suerte que la sustancia musical sigue esencialmente sin cambio. No obstante, como bien señala DE ROMÁN PÉREZ, el término “arreglo musical” resulta un tanto presuntuoso, si quien lo realiza es un autor diferente, porque parece que el segundo autor fuera a mejorar la obra original, pero es el habitual y ya bien consolidado. Así, entran dentro de este concepto la modificación de una obra musical vocal que permite su interpretación instrumental, la orquestación⁵⁰⁴ de una obra que fue concebida inicialmente para un solo instrumento, o la reducción de una pieza orquestal para su ejecución por un solo instrumento o un grupo limitado de ellos.⁵⁰⁵

2.5.1. Generalidades

En consonancia con lo anterior, podemos establecer que el arreglo de una obra musical consiste en “realizar modificaciones de la melodía o características de la misma. Dependiendo de su originalidad podrá ser considerada como obra derivada, *ex artículo*

reciprocidad) que hace del ejercicio de derechos de autor un juego de suma cero y que causa, por razones de eficiencia, la limitación en el ejercicio de este derecho.”

⁵⁰³ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

⁵⁰⁴ La orquestación es un arte que para desarrollarlo, el compositor elige los instrumentos que intervienen en cada parte de la obra, y para ello se sirve de la instrumentación. La instrumentación, por su parte, puede ser definida como la técnica de combinar en una composición diversos instrumentos en función de sus posibilidades expresivas y de la calidad tímbrica de sus particulares registros. Vid. VALLS GORINA, M., *Diccionario de la música*, Alianza, Madrid, 1993, Pág. 42.

⁵⁰⁵ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 81 y 82.

11 del TRLPI, y coexistir, como obra protegida, junto con la composición original arreglada, a cuyo autor será necesario recabar la correspondiente autorización o cesión del derecho de transformación.”⁵⁰⁶

A pesar de que en nuestro TRLPI los arreglos musicales tienen una mención separada entre las otras obras derivadas, en otros ordenamientos, y para buena parte de la doctrina, es una forma más de adaptación sin otra particularidad que las que imponen las obras musicales. Así, su tratamiento jurídico es idéntico al de la adaptación, por lo que, en sentido general, deben de respetar la obra preexistente y contar con la perceptiva autorización por parte del autor de esta última.⁵⁰⁷ Ejemplo ilustrativo de tal afirmación lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1992, que aún cuando el derecho de transformación no era interpretado tal cual lo entendemos ahora gracias a las modificaciones del año 1998, y a pesar de mezclar en cierta forma el concepto de transformación y derecho a la integridad de la obra, viene a dejar claramente establecido en un voto particular lo siguiente:

“Pero lo que realmente acentúa el carácter criminoso de la acción viene representado por las adaptaciones y arreglos efectuados en la partitura original. Se dice en el factum que las modificaciones efectuadas se realizaron con absoluta dignidad, dentro del estilo sin destruir la línea melódica ni afectar a la sustancia de la obra. La fórmula es un tanto vaga; mas, aun partiendo de ella, la reprochabilidad penal se impone. El autor tiene derecho al más absoluto respeto a la integridad de su creación; ni aun mejorándola, es susceptible de ser alterada o transformada impunemente. Los informes periciales afirman que, con las modificaciones, la obra pierde su carácter original, al

⁵⁰⁶ ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 316.

⁵⁰⁷ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 443.

incorporarle voces y diferente instrumentación; que la obra original tiene su personalidad, adquiriendo la versión vocal un carácter distinto y dando como resultado dos conceptos musicales diferentes; y ello pese al respeto a la melodía y armonía, así como al ritmo original. La grabación ofrece una versión personal del arreglador. En consecuencia procede acoger el motivo.”⁵⁰⁸

Por otro lado, como hemos dicho, el arreglo puede consistir en la transcripción de una obra musical para otros instrumentos. Mediante la orquestación una obra musical es transcrita para los diversos instrumentos que integran una orquesta. Así pues, y como ya ha quedado expresado anteriormente, dado que el derecho de transformación de que goza el creador comprende los arreglos y orquestaciones, mientras la obra se encuentre en el dominio privado estos deben ser previamente autorizados por el titular de derechos correspondientes.

Los arreglos y las orquestaciones son muy comunes. “Están protegidos por el derecho de autor cuando importan un aporte creativo como, por ejemplo, en la célebre transcripción para orquesta sinfónica realizada por Maurice Ravel de *Cuadros de una exposición*, obra pianística de Modesto Mussorgski.”⁵⁰⁹ Y es que una transformación como ésta refleja la huella de la personalidad de sus autores, ya que de ninguna manera pueden considerarse como resultado de automatismo, al contrario de lo que sucede cuando se trata de una transcripción de una clave a otra.⁵¹⁰ Aquí lo importante es que la transformación de la obra originaria dé lugar a un efecto estético de conjunto algo diferente.

⁵⁰⁸ Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1302/1992 (Sala de lo Penal), de 4 de junio de 1992 [RJ 1992\5446].

⁵⁰⁹ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Págs. 117 y 118.

⁵¹⁰ Vid. COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Pág. 31.

Según RIVERO HERNÁNDEZ, se trata de una obra que toma elementos importantes y esenciales de otra, pero que al propio tiempo modifica de manera original esos elementos preexistentes, particularmente por lo que afecta a la línea melódica. El tema, la melodía, son modificados, sin desaparecer. Por consiguiente, el arreglo lleva la marca de las cualidades intelectuales y del genio creador del compositor inicial, y se enriquece al propio tiempo de la contribución artística del adaptador.⁵¹¹

Sin embargo, para RODRÍGUEZ TAPIA, lo que escapa al genuino arreglo musical es la alteración de los elementos esenciales de la obra musical; esto es, la alteración de la melodía, de la armonía o del ritmo. Así, para tal autor aunque en una obra musical, como en las artísticas, la frontera entre forma y contenido no es sencilla ni clara, no es arreglo (transformación) sino modificación (alteración del contenido), y según dicho autor afecta de lleno a derechos morales irrenunciables (artículos 14.4º y 14.5º) la alteración de la melodía, de la armonía o del ritmo. Aspecto este último con el que no podemos estar del todo de acuerdo, ya que como se ha puesto de manifiesto anteriormente, nada tienen que ver los derechos morales con los patrimoniales; son aspectos totalmente distintos. No obstante, según tal autor, un vals a ritmo de tango no es un arreglo sino una modificación del vals; una sevillana a ritmo de zorziko vasco es una modificación y no un arreglo. La alteración de una armonía altera el núcleo esencial de la composición musical;⁵¹² cuando los compositores han hecho dichos cambios en sus obras, definitivamente han compuesto obras diferentes por su contenido (artículo 14), no por su forma (artículos 11 y 21). Así pues, entiende el indicado autor, que sería lo mismo que si un traductor, cuyo cometido es cambiar la forma (el idioma), cambiase

⁵¹¹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 441 y 442.

⁵¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1975.

los personajes, el argumento, el desenlace o la estructura de la obra traducida: nadie diría que ha traducido, sino que ha modificado la obra traducida.⁵¹³

Desde nuestro punto de vista, y como ya fuéramos adelantando, estamos de acuerdo de manera parcial con esta postura. No podemos estarlo del todo, ya que entendemos que a pesar de que unas “modificaciones” de este tipo no quepan propiamente dentro del concepto de “arreglo”, esto no es óbice para que pueda hablarse de todas formas de una transformación de la obra. Toda vez que como hemos establecido anteriormente, tanto el artículo 11 como el 21 ofrecen un listado abierto de las obras derivadas incluyendo dentro de este concepto “...cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”. Además, recordemos que el derecho de modificación en el sentido del artículo 14.5 es un derecho moral que únicamente puede ser ejercitado por el autor de la obra. Cuando este último ejercita este derecho, estamos ante la misma obra pero vista desde una nueva configuración; la obra queda sustituida por la nueva versión.

De esta manera, la plena efectividad del ejercicio de la facultad de modificación, sólo se dará de forma efectiva en los casos en los que la obra así modificada no se haya hecho accesible al público a través de la entrega de ejemplares de la misma. Así pues, cuando un tercero lleva a cabo modificaciones no autorizadas en la forma de una obra de manera que se derive una obra diferente, estaremos, sin duda, ante una transformación ilícita de la misma. En cambio, si las modificaciones no son lo suficientemente sustanciales como para dar origen a una obra derivada, no puede decirse que se estaría afectando el derecho de modificación, sino más bien, podríamos plantearnos la posibilidad de la existencia de un plagio o, en su caso, -y no necesariamente-, la violación del derecho moral a la integridad de la obra.

⁵¹³ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 11”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 60.

Por otro lado, los arreglos musicales no están protegidos cuando la aportación en sí misma considerada no constituye una transformación de la melodía, sino que se trata de la creación de una obra musical independiente para ser posteriormente unida a una letra preexistente.

Ejemplo de esto último fue el caso de la Audiencia Provincial de Tarragona⁵¹⁴ en el que dicho tribunal terminó por decidir lo siguiente: *“Cabe significar que la apelante denomina «arreglos», al trabajo realizado por el demandante, ya que de la prueba practicada se evidencia que su creación intelectual consistió en componer la música, de un himno en completo desuso adaptando a la letra preexistente, acreditándose en la carátula de los «compact discs» editados por la codemandada COPE, por encargo del Club que la música, la compuso el demandante, y en virtud de lo establecido en el Art. 10.1 b) de la Ley Propiedad Intelectual, al crear una pieza musical nueva, original e independiente, y autónoma de las partituras aportadas, merece la protección que le confiere la propia norma mencionada, ya que en el Art. 11.4º LPI, se contempla como objeto de la propiedad intelectual los «arreglos musicales», si bien en este supuesto concreto entendemos que el encargo fue de crear una obra musical sobre una letra preexistente, por lo que los derechos de los autores de la letra, no incide en la acción ejercitada en este procedimiento, incluso no se ha acreditado a través de la prueba pericial correspondiente que el contenido de las partituras acompañadas comparándolas tenga correspondencia, semejanza o copia con la música, melodía, armonía con la composición musical del himno del Club codemandado y creado por el demandante, es decir, una obra musical (Art. 5.1 LPI).”*

⁵¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 197/2006 (Sección 1ª), de 15 de mayo de 2006 [AC 2006\2092].

Asimismo, según apunta LIPSZYC, los arreglos no están protegidos cuando la contribución es meramente técnica, como ocurre con las simples transposiciones y transcripciones, la omisión o la duplicación de voces, el agregado de simples voces paralelas o la adición de adornos. Con frecuencia los arreglos y orquestaciones son el medio que permite participar de la remuneración del autor o bien percibir un pago por la utilización pública de una obra que ha entrado en el dominio público (en lenguaje coloquial se la conoce como la forma de “sacar la obra del dominio público” -aunque sólo sea en parte-). Otras veces resultan indispensables para poder ejecutar una obra con los instrumentos actuales. Por lo general, las sociedades de autores de obras musicales disponen de abundante experiencia en la distinción entre los arreglos protegidos y los que no lo están.⁵¹⁵

Por lo demás, no debemos olvidar que como sucede en toda obra derivada, los arreglos musicales son obras totalmente distintas de aquellas de las cuales resultan, por lo que corresponden al autor del arreglo musical los derechos de propiedad intelectual sobre el mismo, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma. Se trata, en definitiva, de obras diferentes, y por lo general llevadas a cabo por autores diferentes, por lo que existen dos elementos distintos objeto de la protección que confiere la propiedad intelectual.

Esto último queda evidenciado en un fallo de la Audiencia Provincial de Madrid que establece lo siguiente: *“Las orquestaciones o arreglos sinfónicos realizados por D. Antón G. A. de las obras “Soleá, dame la mano” y “Amarguras”, supuso la creación de dos obras musicales diferentes, resultando que la propiedad intelectual de la obra*

⁵¹⁵ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 118.

transformada, en este caso de las obras transformadas, corresponde al autor de esta transformación, a quien se protege del mismo modo que se protege al autor de la obra original o preexistente, y así expresamente se indicaba en el Art. 21 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de Noviembre de 1987, vigente cuando se concertó entre Unión Musical y el Sr. G. A. el contrato de edición de 4 de Febrero de 1992, y se dice en el mismo precepto del vigente Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril.”⁵¹⁶

2.5.2. La originalidad en los arreglos musicales

Como ya se ha visto en este estudio, el concepto de obra derivada no es fácil de definir. De hecho, pareciera como si con esa expresión se aludiera a una creación con sustantividad propia, pero a la que se llega a partir de una obra preexistente con la que aquella guarda una estrecha relación de influencia. Por así decir, “la creación de la obra derivada se ha visto grandemente influida por la obra de origen, hasta el punto de que el autor de la obra derivada ha de pedir autorización previa al que lo sea de la obra de origen, ya que en caso contrario, podría darse un aprovechamiento ilícito de una creación ajena. Ahora bien, el hecho de que la obra derivada provenga de otra preexistente no debe llevar a la conclusión de que no incorpore carga creativa u original algunas. No se trata de minusvalorar la originalidad de las obras derivadas, las cuales pueden llegar a tener más incluso que la obra preexistente, mas la carga de originalidad debe ser casi por definición algo menor que en el caso de las obras preexistentes.”⁵¹⁷

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, sabemos ya que las leyes sobre derecho de autor no establecen parámetros específicos que midan la originalidad y así poder determinar

⁵¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 1 de febrero de 2002 [JUR 2002\112147]

⁵¹⁷ ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, Revista de Propiedad Intelectual, núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 89.

la protección o no de una obra derivada, o de cualquier otro tipo de obra, lo cual significa que habrá que acudir a los lineamientos que han ido marcando las distintas disposiciones de los tribunales. En materia de arreglos musicales, han sido los tribunales extranjeros, en concreto los tribunales de los Estados Unidos, los que más veces se han ocupado de este tipo de litigios, y sin embargo, también en dicho país se habla de que hay una escasa e inadecuada jurisprudencia en este sentido.

Así, en el año 1996 la doctrina estadounidense⁵¹⁸ sostenía que en los anteriores cuarenta años sólo había existido una decisión federal de apelación que discutía el nivel de originalidad necesario para que una nueva composición musical constituyese una obra derivada susceptible de protección por el derecho de autor. En *Woods v. Bourne Co.*⁵¹⁹ el Segundo Circuito sostuvo que varias versiones de la composición “*When the Red, Red, Robin Comes Bob, Bob, Bobbin' Along*” no eran lo suficientemente originales como para ser consideradas obras derivadas protegibles. A pesar de que el cuerpo de la decisión no incluía la canción original ni ninguna de las subsiguientes versiones que se hicieron de ella, la discusión que se suscitó en torno al tema resulta de mucha ayuda. Así, en 1926, Harry Woods proporcionó a Irving Berlin, Inc. una partitura inicial que contenía la melodía y las letras de la canción en cuestión. Los “técnicos” de esta última compañía, agregaron entonces la armonía e hicieron otros cambios. Al comparar la partitura original de Woods y la subsiguiente versión que eventualmente fue publicada consistente en la agregación de cierto acompañamiento pianístico a una melodía con letra, el tribunal del distrito sostuvo que las modificaciones hechas a la obra preexistente que habían dado como resultado dicha versión eran del todo insustanciales, por lo que la

⁵¹⁸ HEALD, Paul J., “Reviving the Rhetoric of the Public Interest: Choir Directors, Copy Machines, and new arrangements of public domain music”, *Duke Law Journal*, Volume 46, nº 2, 46 DUKE L.J. 241, 1996.

⁵¹⁹ *Woods v. Bourne Co.* 60 F.3d 978 (2d Cir. 1995).

misma no era original. Más tarde, el Segundo Circuito confirmó esta decisión al sostener lo siguiente: *“Algo sustancial debe ser añadido haciendo que la obra se convierta en cierta forma en una obra nueva, con la antigua canción adherida en ella pero a partir de la cual la nueva obra se ha desarrollado. No se trata de una mera versión estilizada de la canción original en la que un artista pueda tomarse libertades con las letras o los tiempos, mientras que el oyente escucha básicamente la canción original...Las variaciones de pianistas de cóctel que pueden ser hechas por cualquier músico competente, no son suficientes.”*⁵²⁰

Asimismo, dicho Tribunal puso especial énfasis en que una “variación trivial” de la primera obra, o la mera “demostración de habilidades físicas o de entrenamiento especial” no era suficiente para considerar que el resultado de ello diera como resultado una obra derivada.⁵²¹

Sin embargo, a pesar de que el Segundo Circuito aprobó la posición del tribunal del distrito en lo relativo a que los cambios hechos a la obra en cuestión eran el resultado de la aplicación de “reglas convencionales de armonía”, dicho tribunal no reconoció el dictamen del tribunal del distrito que establecía que una obra derivada debía contener *“un tratamiento vocal inusitado, letras adicionales, armonías inusuales y un uso secuencial novedoso”*. Ahora bien, lo que es más importante es que la opinión reconoce lo trascendente que resulta el requerir un nivel substancial de originalidad ya que esto significa *“tomar las armas de las manos de copistas dañinos que intentan apropiarse y monopolizar las obras del dominio público.”*

⁵²⁰ Esta opinión también es consistente con otros casos en los que se deja fuera del ámbito de lo protegible a aquellos arreglos que sólo representen modificaciones o adiciones que cualquier músico que presente cierta destreza pueda mecánicamente realizar. Es lo que en su momento se conoció como el *“mere mechanic test”*. Véase *Jollie v. Jacques* 13 F. Cass. 910 (C.C.N.Y. 1850) y *Cooper v. James* 213 F.871 (N.D.Ga. 1914).

⁵²¹ Citando el caso *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder*, 536 F.2d 486, 491 (2d Cir. 1976).

Otras decisiones que tratan sobre arreglos musicales también se muestran bastante sensibles ante el peligro que puede representar para el dominio público⁵²² el trivializar el requisito de originalidad. Todas requieren una contribución palpable por parte del arreglista; lo que es difícil de discernir es si todas aplican precisamente el mismo nivel de originalidad. Sin contar con las piezas musicales ante nosotros, es virtualmente imposible determinar si dichas decisiones son verdaderamente consistentes. Por ejemplo, en *Northern Music Corp. v. King Record Distributing Co.*⁵²³ se establece que “ni el ritmo ni la armonía pueden ser por sí mismos susceptibles de protección por los derechos de autor”; lo que entra en conflicto con otra decisión de la misma jurisdicción, *Tempo Music, Inc. v. Famous Music Corp.*,⁵²⁴ que sostuvo que la armonía de jazz añadida por Duke Ellington a la canción “*Satin Doll*” si podía protegerse. Ahora bien, a pesar de que estas dos opiniones son difíciles de reconciliar, en ambos casos se demuestra un reconocimiento del peligro que supone el adoptar una exigencia de un nivel de originalidad que sólo requiera una variación trivial de la obra preexistente.⁵²⁵

Así, vemos como en todos los casos antes mencionados se ventilan diferentes fórmulas para determinar si un arreglo musical constituye o no una obra derivada y si, por ende, ha de disfrutar de la protección que confieren los derechos de autor. Se discute sobre la

⁵²² Los casos que se citan en este apartado tratan de obras en el dominio público. Este tipo de casos resultan ser los más comunes ante los tribunales toda vez que, como se verá en el próximo apartado, para el caso de obras que no se hayan en el dominio público suele haber un contrato entre las partes en el que se cede el derecho de transformación y quedan establecidas todas las pautas y la forma en la que se llevará a cabo el arreglo. El propio titular de los derechos de la obra a ser arreglada impondrá cierto control sobre las modificaciones y el nivel de originalidad de las mismas.

⁵²³ *Northern Music Corp. v. King Record Distributing Co.* 105 F. Supp. 393, 400 (S.D.N.Y. 1952).

⁵²⁴ *Tempo Music, Inc. v. Famous Music Corp* 838 F. Supp. 162 (S.D.N.Y. 1993).

⁵²⁵ Vid. HEALD, Paul J., “Reviving the Rhetoric of the Public Interest: Choir Directors, Copy Machines, and new arrangements of public domain music”, *Duke Law Journal*, Volume 46, n° 2, 46 DUKE L.J. 241, 1996. Otros casos similares que se pudieran a su vez consultar son, por ejemplo, *McIntyre v. Double-A Music Corp.* 166 F. Supp. 681 (S.D. Cal. 1958), en donde el tribunal sostuvo que no había originalidad en un arreglo que añadía una “introducción, ciertas repeticiones y acompañamientos melódicos y armónicos inconsecuentes”. Véase también *Wihtol v. Wells* 231 F.2d 550, 553-54 (7th Cir. 1956) que protegió un himno con nuevas letras que adoptó de una antigua melodía que el compositor recordaba desde su infancia. Por otro lado, una modificación bastante simple fue considerada carente de originalidad en el caso *Shapiro, Bernstein & Co. v. Miracle Record Co.* 91 F. Supp. 473, 474 (N.D. 111. 1950).

existencia de transformaciones meramente mecánicas, o de diferencias suficientemente sustanciales o bien de necesarias características distintivas que cualquier oyente medio pueda captar la distinción; pero lo cierto es que ninguna de estas posiciones parece dar una respuesta definitiva al problema.

Para algunos doctrinarios,⁵²⁶ quizás la respuesta se halle en un caso que curiosamente no tiene nada que ver con el ámbito musical. En *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*,⁵²⁷ al hallar que las páginas de la guía telefónica no eran originales, el Tribunal declaró que las modificaciones eran “mecánicas”, “rutinarias”, “prácticamente inevitables” y una “vieja práctica, afianzada firmemente en la tradición”. La guía era “completamente típica” y “obvia”. El Tribunal indicó que la convencionalidad y la falta de cambios significativos eran las claves para juzgar sobre la originalidad de las obras derivadas.

No obstante todo lo anterior, cabe destacar que a pesar de todas las teorías que se puedan suscitar sobre la forma de determinar la originalidad de las obras derivadas, por lo general habrá que atenerse a lo que determinen los análisis periciales que se practiquen⁵²⁸ y a las consecuentes decisiones que adopten los diferentes tribunales.

⁵²⁶ Vid. HEALD, Paul J., “Reviving the Rhetoric of the Public Interest: Choir Directors, Copy Machines, and new arrangements of public domain music”, *Duke Law Journal*, Volume 46, nº 2, 46 DUKE L.J. 241, 1996.

⁵²⁷ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* 499 U.S. 340 (1991).

⁵²⁸ Así por ejemplo, en la ya citada sentencia del Juzgado Mercantil Nº 5 de Madrid, número 110/08, de 4 de noviembre, en cuyo caso se debatía, entre otras cosas, sobre si los denominados “ringtones” o tonos de llamadas, podían ser o no considerados como obras derivadas, el referido Juzgado basó gran parte de su decisión en los informes periciales presentados por las partes y se terminó por pronunciar de la siguiente manera: “Por lo tanto, a la vista del informe pericial y de las aclaraciones realizadas en el acto de la vista, debemos concluir que los arreglos realizados en los tonos de llamada han dado lugar a una obra que presenta diferencias sustanciales con la original, y que esos arreglos son resultado de una actividad creativa de su autor, porque supone un reflejo de su personalidad, de manera que, como indica el perito, si el arreglo lo hubiera hecho otra persona el resultado sonoro hubiera sido distinto. Por tanto, debemos concluir que los tonos de llamada son obras derivadas de las obras originales, en cuanto son obras diferentes y fruto de la originalidad de su autor, tal como se infiere del informe pericial.”

Para finalizar debe tenerse en cuenta que, según apunta SÁNCHEZ ARISTI, desde otro punto de vista, es precisamente quien introduce cambios expresivos sobre la obra musical ajena el que en ocasiones desea eludir la consideración como arreglista. Ello puede suceder cuando, en el contexto de la grabación discográfica de un tema musical, sea necesario introducir algunas modificaciones por razones de índole técnica. Mientras que si dichas modificaciones llegan a alcanzar la categoría de arreglo musical el productor fonográfico necesitará proveerse de una autorización individualizada de manos de los titulares de derechos, en el caso contrario bastará a la productora con la licencia estándar para efectuar la grabación fonográfica. Por consiguiente, la precisión de si determinada alteración expresiva es o no constitutiva de un arreglo resulta a veces de máxima trascendencia para quien la efectúa, pero no para reivindicar su condición de arreglista sino al revés, para negar que los cambios sean de tanto calado como para merecer la consideración de arreglo y la consiguiente autorización *ad hoc* de quien sea titular del derecho de transformación.⁵²⁹

2.5.3. *Los arreglos musicales de obras del dominio público*

“Con el transcurso de los plazos de duración de las facultades patrimoniales que el TRLPI señala para los compositores e intérpretes, se produce el paso de sus prestaciones al ‘dominio público’, tal y como prevé el artículo 41, que como se ha visto es aplicable tanto a autores como a intérpretes. Ahora bien, a pesar de que dicho precepto se refiere al ‘dominio público’, no ofrece un concepto del mismo. Únicamente queda definido, a efectos del TRLPI, a través de dos características. Según la primera,

⁵²⁹ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 369.

se permite la utilización de las prestaciones del dominio público a cualquier sujeto, y de acuerdo con la segunda, dicha utilización es gratuita.”⁵³⁰

Por lo anterior, fácilmente se deduce que el sentido de la expresión “dominio público” en el TRLPI no se corresponde con el que habitualmente ostenta en nuestro ordenamiento. En efecto, según BONDÍA ROMÁN, en su sentido habitual se identifica con aquellos bienes, que siendo propiedad de un ente público, están afectados a un uso público, a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional.⁵³¹ Sin embargo, dicha expresión aplicada en materia de propiedad intelectual resulta del todo incorrecta. Y es que una vez que ha transcurrido el plazo marcado para la duración del monopolio de explotación, la obra no pasa a pertenecer al Estado u otra persona jurídico-pública, no se convierte en un bien demanial ni queda afecta a un servicio público. Según el indicado autor, más bien, se hace de utilización general y común de todos, *res incorporalis communia omniun*, no pudiendo en lo sucesivo ser objeto de exclusiva por nadie al ser inapropiable en su condición de derecho absoluto (no es *res nullius*). No obstante, se trata de una expresión tradicional e internacionalmente aceptada en el ámbito de la propiedad intelectual.⁵³²

Una vez precisada la naturaleza del dominio público a los efectos que aquí interesan, es preciso señalar que en los últimos años la realización y explotación de arreglos de composiciones musicales en el dominio público se ha convertido en una práctica

⁵³⁰ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 495.

⁵³¹ Según lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil español son bienes del dominio público: 1) los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2) Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.

⁵³² Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 41”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 199.

bastante habitual dentro del ámbito discográfico y editorial. Así, cuando el afamado compositor de Hollywood, Dimitri Tiomkin fue llamado al escenario para recibir uno de sus cuatro Oscars® por una magnífica composición para una película, le dio crédito a sus “colaboradores”: Bach, Beethoven y Brahms. Unos cuantos años más tarde, el compositor Marvin Hamlisch, al aceptar un Oscar® por su contribución en *The Swing*, reconoció su deuda al compositor original de muchas de sus melodías: Scott Joplin. En cada uno de estos casos, lo que ha sido reconocido es que la música se hallaba en el dominio público. Así, tres de las canciones más exitosas de Elvis Presley han sido en parte basadas en música del dominio público: “*Love me tender*” (basada en *Aura Lee*), “*It’s now or never*” (basada en *O sole mio*) y “*Surrender*” (basada en “*Come back to Sorrento*”). Y así, los expertos señalan muchos miles de canciones basadas en obras del dominio público.⁵³³

Ahora bien, claro está que ningún elemento propio de la obra que haya servido de base para realizar el arreglo en cuestión será susceptible de apropiación por parte del arreglista, sino tan sólo las aportaciones que provengan de su esfuerzo creativo personal.⁵³⁴

⁵³³ Vid. KRASILOVSKY, William, SHEMEL, Sidney y GROSS, John, *This business of music: The Definitive Guide to the Music Industry*, 9na edición, Billboard Books, Nueva York, 2003, Pág. 114.

⁵³⁴ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 370. Por lo demás, en este sentido, conviene recordar lo establecido en la Orden de 21 de enero de 1950, por la que se regulaban los derechos de adaptadores de obras de dominio público. Según dicha norma: “1.- En las obras de ‘dominio público’, si la interpretación del adaptador es tan escasa que el arreglo carece de importancia, percibirá solamente el 25 por 100, el resto o diferencia lo percibirá el Estado. 2.- Si, como ocurre, muchas veces, sobre una adaptación anterior de una obra de ‘dominio público’ se hace un nuevo arreglo, variando ligeramente la primitiva, el autor de la nueva adaptación podrá percibir, como máximo, el 50 por 100 de los derechos, correspondiendo el resto al Estado. 3.- Los autores de adaptaciones o arreglos de importancia, hechos directamente sobre la obra original de ‘dominio público’ gozarán del 75 por 100 de los derechos y el resto será propiedad del Estado. 4.- En los casos de versiones libres, inspiradas en temas de obras de ‘dominio público’, en los cuales la labor del adaptador puede considerarse como verdadera obra original, se reconocerá al adaptador el 98 por 100, y el 2 por 100 restante, al Estado.” Esta Orden, además de curiosa por establecer una especie de dominio público sujeto a pago en España, pone de manifiesto que la originalidad en los arreglos ha sido siempre un factor determinante.

Asimismo, cabe hacer la salvedad de que la utilización que se haga de la obra en dominio público deberá respetar en todo caso la autoría y la integridad de la obra, en consonancia con lo que establece el artículo 41 de nuestra ley de propiedad intelectual.⁵³⁵

Por otro lado, debemos una vez más repetir que el hecho de que se haga un arreglo musical de una obra en el dominio público, esto no quiere decir que esta última sale del dominio público. Es decir, que no podemos extender la protección de una obra caída en el dominio público por el hecho de crear una obra derivada. Recordemos que se trata de dos obras totalmente distintas y la obra originaria, para la cual ha transcurrido el plazo marcado de protección, permanecerá en su mismo estado inalterable.

Por último, hay quienes sostienen, y no podemos más que estar de acuerdo, que en los casos en los que se llevan a cabo arreglos de obras musicales en el dominio público probablemente sea necesario tener una mayor exigencia en el nivel mínimo de originalidad requerida, puesto que de alguna forma se detrae algo de ese dominio público cultural.⁵³⁶

Y es que cuando se trate de realizar arreglos sobre piezas aún protegidas, un cierto control vendrá ya ejercido por el propio sujeto titular de los derechos sobre la obra originaria. Por el contrario, en los supuestos de arreglos sobre las obras musicales en el

⁵³⁵ En efecto, el párrafo 2 del artículo 41 del TRLPI establece que *“las obras del dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 14.”* En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª de 26 de septiembre de 2000 [AC 2000\2447] cuando establece lo siguiente: *“En nuestra sentencia de 25-4-1994, confirmada por otra del TS de fecha 15-12-1998 (RJ 1998, 10149), decíamos que el derecho de autor tiene dos vertientes: una económica y otra de paternidad moral, definida en el artículo 14 del TRLPI como un derecho personalísimo, absoluto, irrenunciable, imprescriptible, inalienable, aunque sea transmisible por el autor o por sus herederos, derechos que persisten aunque la obra haya pasado al dominio público según prevé el artículo 41 TRLPI. Aquí seguiremos el criterio sentado por el Tribunal Supremo en la sentencia citada.”*

⁵³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al Artículo 11” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 201.

dominio público, al no existir ningún titular de los derechos sobre la obra originaria, el control sobre las mismas será cada vez menor y es posible que se intente encubrir como obra derivada aquello que no alberga la suficiente altura creativa.⁵³⁷

2.5.4. La transcripción de la obra musical

Según lo dispuesto en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, uno de los significados del término *transcribir* es precisamente el de *arreglar para un instrumento la música escrita para otro u otros*.⁵³⁸ Es decir, que la transcripción se produce cuando la obra musical se plasma de forma gráfica en un lenguaje musical distinto de aquel en el que venía originalmente expresada.⁵³⁹

Según DE ROMÁN PÉREZ, esta técnica, muy usada en épocas pasadas sigue siendo útil para adecuar obras antiguas al lenguaje musical actual o para facilitar la interpretación de obras modernas a los ejecutantes que desconocen el tipo de notación en el que se representan. De estas dos posibilidades interesa atender a la primera, pues a través de dicho mecanismo se obtienen obras derivadas, mientras que no cabe decir lo mismo de la segunda posibilidad, teniendo en cuenta que se refiere a las obras actuales y, que, en el proceso de transcripción de éstas, normalmente, no se añade aportación creativa alguna. Por el contrario, en tal supuesto, la labor que realiza el transcriptor, en principio, es técnica.⁵⁴⁰ La referida autora indica que, atendiendo al primer supuesto,

⁵³⁷ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 371.

⁵³⁸ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>

⁵³⁹ A este respecto, véase lo establecido en Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, Voz: "Transcripción," disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation. La referida obra indica que la transcripción es un cambio en la notación musical de un medio a otro sin modificar la sustancia de la obra.

⁵⁴⁰ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 85.

cabe citar a modo de ejemplo de obras antiguas que son susceptibles de transcripción, las pertenecientes al canto gregoriano, que se anotaban en la Edad Media mediante *neumas*,⁵⁴¹ y las obras de los siglos XV y XVII, que aparecían representadas en *tablatura*.⁵⁴² Para su transcripción el músico o el musicólogo realiza una importante labor creativa y de interpretación de la obra e investigación de la época, debido a que gran parte de la música antigua era improvisada, lo que obliga al transcriptor a imaginar la parte que correspondía aportar al intérprete dependiendo de la moda y el gusto de la época.⁵⁴³

En definitiva, y podemos concluir estableciendo que la transcripción “presenta más de una acepción en el campo de la música: unas veces se identifica con la acción de trasladar la obra de un lenguaje musical escrito a otro lenguaje diferente, y otras se considera transcripción al tránsito de la obra musical en forma sonora a lenguaje gráfico; es decir, la plasmación de la música en alguna de las formas de notación conocidas. En este último caso, no podemos hablar de transformación, sino más bien de reproducción. Por el contrario, la transcripción que consiste en trasladar una obra escrita de acuerdo con determinada notación musical a un sistema de notación diferente, se realiza para adecuar obras antiguas al lenguaje musical actual, facilitando con ello la interpretación a

⁵⁴¹ Según lo que establece la Vigésima Segunda Edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *neuma* es la notación que se empleaba para escribir la música antes del sistema actual.

⁵⁴² En los siglos XV a XVII se utilizaba la *tablatura* como sistema de notación para instrumentos de teclado, *laúd*, *viola*, *flauta*, etc., en el cual los tonos se indicaban por medio de letras, figuras, o por otros símbolos, en vez de por notas en un pentagrama (como sucede en la notación mensural contemporánea). La característica distintiva de tales notaciones, que en la actualidad se mantienen para instrumentos como la *flauta* o la *guitarra*, era que indicaban al ejecutante dónde colocar los dedos en el instrumento en cuestión, y sólo, secundariamente, en qué tonalidades debía tocar. Así pues, cuando hablamos de transcripción, ello suele referirse al proceso de cambiar una pieza escrita en *tablatura* (por ejemplo, para *laúd* o *guitarra*) a la notación ordinaria en pentagramas. También significa la transferencia directa de una pieza de música medieval o renacentista a la notación moderna, antes de que tenga lugar el proceso de edición (la alteración de los valores de las notas, el añadido de barras de compás o claves de tonalidad). Vid. Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, Voz: “Transcripción,” disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation.

⁵⁴³ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 85 y 86, quien además sostiene que esta aportación podía ser una voz nueva, una ornamentación u otro elemento que el transcriptor incluyera en su trabajo.

los ejecutantes que sólo conocen el último lenguaje. Las transcripciones así efectuadas reflejan no sólo los aspectos que los compositores antiguos no plasmaban de forma gráfica, sino también los que omitían y pertenecen al estilo de la época, para lo cual el músico, o el musicólogo, debe realizar una importante labor de investigación. El resultado de todo ello, sin duda, es una transformación del material musical primigenio, como se observa, por ejemplo, en las transcripciones de las Cantigas de Alfonso X, el Sabio, efectuadas por Higinio Anglés. Por ello, debe concluirse que en este supuesto de transcripción, normalmente, la facultad de explotación implicada será la de transformación.”⁵⁴⁴

2.6. Otras transformaciones de obras literarias, artísticas o científicas

El apartado 5º del artículo 11 del TRLPI, plantea una disyuntiva particular porque deja sin resolver definitivamente el apartado anterior de dicho artículo en cuanto que emplea una nueva fórmula abierta: “*cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica*”.

Entendemos que cabe relacionar esta modalidad inconcreta con la expresión “cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”, del artículo 21.1, e irían en este apartado aquellas modificaciones que no puedan incluirse en los anteriores. Según apunta RIVERO, como los supuestos anteriores eran ya de por sí

⁵⁴⁴ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 390 a 392. La opinión de la indicada autora aquí expresada parece ser conforme con lo dispuesto en Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, Voz: “Transcripción,” disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation, cuando en ella se indica que el significado de este término, transcripción, “a veces se ha hecho extensivo a las notaciones de una pieza hechas a partir de la tradición oral (como en las canciones folclóricas), de una interpretación en directo o por medio de una grabación, como por ejemplo Béla Bartók y Zoltán Kodály en Hungría y Ralph Vaughan Williams en el Reino Unido. El término transcripción a menudo se utiliza simultáneamente con el de arreglo, especialmente si implica un cambio de medio (por ejemplo, del piano a la orquesta), aunque hablando con propiedad, el arreglo siempre implica cierto cambio en la sustancia de la obra.”

suficientemente amplios, parece difícil encontrar “otras transformaciones de obras literarias, artísticas o científicas” distintas de las antes estudiadas. Así, a juicio de tal autor quizás pudieran encajar aquí las que se refieren a las obras plásticas: como por ejemplo, la conversión de un cuadro pictórico en otro parecido con distinta posición de las personas o de las cosas, o con otros colores, o conversión del mismo cuadro en una obra de relieve, o la de una escultura en un cuadro que reproduzca con cierta fidelidad o alteraciones formales en dos dimensiones lo que aquella presenta en tres, o casos semejantes. Ahora bien, en opinión del indicado autor, muchos de estos casos será difícil considerar como transformación la obra resultante respecto de la original, y en la mayor parte de las ocasiones se tratará de otra obra original distinta sobre idéntico tema artístico.⁵⁴⁵

Por otra parte, a pesar de que en principio podría confundírseles con actos de transformación, no cabría tampoco incluir dentro de este supuesto a las variaciones musicales. “Las variaciones podrían definirse como composiciones que resultan a partir de los desarrollos a que es sometido un tema musical preexistente, de manera tal que tras realizarse una exposición inicial del tema básico de éste se va sucesivamente repitiendo con un revestimiento expresivo diferente en cada ocasión. El TRLPI no recoge expresamente esta figura dentro de los artículos relativos a las obras derivadas, lo cual significa que se deja abierta la posibilidad de considerarlas como tales, pero también la de considerarlas, en su caso, como obras completamente originales, en el sentido de no depender de ninguna otra. Ahora bien, atendiendo a la definición antes dada, las variaciones musicales deben de reputarse preferentemente dentro del segundo caso, esto es, como un caso de obras musicales independientes, ya que las mismas no

⁵⁴⁵ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 444.

integrarían un supuesto de transformación de una obra ajena, sino simplemente de inspiración en una obra ajena.”⁵⁴⁶

De la misma manera, quizás no quepa incluir aquí tampoco a la transformación de una obra de un género artístico a otro de difícil relación entre sí (de novela a pintura, por ejemplo, o de escultura a poesía), pues no cabría hablar en puridad de transformación en tales casos, sino que entonces estaríamos, en la mayoría de los casos, ante obras originales totalmente distintas.⁵⁴⁷ No obstante, habría que analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto, ya que en el paso, por ejemplo, de obra fotográfica a escultura o viceversa, sí que podríamos encontrarnos ante algún tipo de transformación o reproducción.⁵⁴⁸

3. EL DENOMINADO CONTRATO DE TRANSFORMACIÓN DE OBRAS AUDIOVISUALES: LA PRESUNCIÓN DE CESIÓN

A fin de facilitar el ejercicio de los derechos de explotación de la obra audiovisual, el TRLPI en su artículo 88 consagra una presunción de cesión de los mismos a favor del productor. Ahora bien, no se presumen cedidos todos los derechos de explotación enumerados en el artículo 17, sino únicamente los mencionados en el apartado 1 del referido artículo 88, esto es, reproducción, distribución y comunicación pública.⁵⁴⁹ Así,

⁵⁴⁶ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Págs. 380 a 382.

⁵⁴⁷ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 444. A estos efectos, el indicado autor pone como ejemplo, el *Cristo* de Velázquez, y el poema de Unamuno “*Al Cristo de Velázquez*”.

⁵⁴⁸ Así, por ejemplo, en los Estados Unidos se han dado diversos casos de esta naturaleza. A este respecto podemos poner como ejemplo el caso *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (2d. Cir. 1992), cuyas líneas generales se describen más adelante. Vid. *Infra*. Capítulo Sexto, Apartado 2.3.4. – Del material ajeno utilizado, Pág. 404.

⁵⁴⁹ A diferencia de lo que sucede cuando el autor está ligado por una relación laboral con el productor, en cuyo caso se presume que cede a éste en exclusiva todos los derechos de explotación, incluyendo el de

para el caso de la transformación de la obra audiovisual se requiere de una cesión expresa por parte de los autores a favor del productor.

Ahora bien, los derechos a los que se refiere el artículo 88 y que se presumen cedidos al productor son los que recaen sobre la obra audiovisual en sí misma, esto es, aquellos derechos que recaen sobre las aportaciones que los distintos autores hayan realizado expresamente para la obra audiovisual. En caso de que para la creación de dicha obra se requiera la utilización de obras preexistentes, será necesario recabar forzosamente la autorización del autor o autores de tales obras anteriores. De esta manera, el productor de la obra audiovisual que tenga la intención de incorporar en esa obra otra preexistente, necesita forzosamente que el autor de la misma le ceda el derecho de transformación. Así pues, vemos que el derecho de transformación en materia de obras audiovisuales no se presume cedido en sí mismo en ningún caso.

Una vez transmitido ese derecho por contrato, el artículo 89 del TRLPI dispone que mediante el referido acuerdo, se presumirá que el autor de la misma cede al productor de la obra audiovisual los derechos de explotación sobre la misma en los términos del artículo 88. Además, y salvo pacto en contrario, el autor de la obra preexistente conservará sus derechos a explotarla en forma de edición gráfica y de representación escénica y, en todo caso, podrá disponer de ella para otra obra audiovisual a los quince años de haber puesto su aportación a disposición del productor.

El artículo 89 se ocupa entonces de un contrato de transformación audiovisual que también se llama de adaptación audiovisual, televisiva o cinematográfica. Se requiere la necesaria autorización del autor para incorporar una obra preexistente en otra posterior,

transformación. Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis, “Compositores, intérpretes y ejecutantes de la música en el cine”, en ROGEL VIDE, Carlos, *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001, Págs. 141 y 142.

ya sea mediante su incorporación material o intelectual.⁵⁵⁰ Así, no se trata sólo de la adaptación al género audiovisual de una obra literaria, sino de la incorporación a la obra audiovisual de cualquier obra preexistente de cualquier tipo, no creada específicamente para la misma.⁵⁵¹ Ahora bien, como ya lo adelantáramos, esta presunción del artículo 89 se entiende siempre sujeta a los términos del artículo 88, es decir, que el alcance de dicha presunción de cesión se refiere a la obra transformada. Por tanto, “los derechos de explotación que en virtud del derecho de transformación presuntamente se ceden al productor son sobre la obra audiovisual resultante, no sobre la preexistente, sobre la cual el productor no puede realizar ningún acto de explotación, al margen de la propia transformación.”⁵⁵²

Y es que no podemos olvidar que estamos ante dos obras totalmente distintas. Piénsese, por ejemplo, en una novela adaptada para el cine. “Desde el artículo 87 del TRLPI será autor de la obra cinematográfica quien ha llevado a efecto la adaptación de aquella y no el novelista, a no ser que él mismo acometa esa tarea. Idéntica situación puede predicarse respecto del autor de una obra musical, por ejemplo un bolero conocido que sirve de fondo a la obra cinematográfica o a alguna de sus escenas. Estos autores de obras literarias o musicales no lo son de la obra cinematográfica no sólo porque en el caso concreto de la música el artículo 87.3 requiera que sea creada ex profeso para la obra cinematográfica, sino sobre todo porque ese mismo criterio es aplicable a toda obra preexistente en virtud de los artículos 89 y 90.1 de nuestra Ley.”⁵⁵³

⁵⁵⁰ A este respecto Vid. Supra. Capítulo Segundo – Obras Derivadas y Obras Compuestas, Apartados 3 y 4, Págs. 146 y siguientes.

⁵⁵¹ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al artículo 89”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, Págs. 506 y 507.

⁵⁵² ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 88.

⁵⁵³ PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Las obras cinematográficas como obras en colaboración”, en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y autoría*, REUS, Madrid, 2004, Pág. 53.

Por otro lado, tal y como se especifica en el artículo 90.1 del TRLPI, la contraprestación que obtendrá el autor de la obra preexistente por la cesión de los derechos mencionados en el artículo 88 y, en su caso, la correspondiente a los autores de las obras preexistentes, hayan sido transformadas o no, deberá determinarse para cada una de las modalidades de explotación. El referido artículo 90 en todo momento concede al autor de la obra originaria el mismo trato que se otorga a los coautores de la obra audiovisual, por lo que no ha sido necesario incluirle dentro de la figura de la coautoría para otorgar la debida protección a sus derechos de explotación ni para satisfacer la remuneración correspondiente.⁵⁵⁴

4. LAS OBRAS AUDIOVISUALES DERIVADAS DE OTRAS OBRAS AUDIOVISUALES: *REMAKE*, *SECUELA* Y *SPIN OFF*

Una vez abordadas las diferentes formas en las que una obra puede ser transformada, entendemos necesario hacer un pequeño alto para hablar de ciertos tipos de transformación que, a pesar de poder enmarcarse dentro de la figura de la adaptación, cabe hacer mención de ellas de manera aislada. Se trata de los *remakes*, *secuelas* y *spin offs*.

Y es que, según hemos visto, si entendemos a la obra compuesta como un supuesto más de transformación, del artículo 9 del TRLPI se deduce que transformar no se identifica exclusivamente con modificar. En la citada norma, al definir la obra compuesta, se atiende a una obra nueva en la que se incorpora una obra preexistente, de donde cabe entender el concepto de transformación en un sentido más amplio que el contenido

⁵⁵⁴ Vid. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001, Págs. 179 y 180.

literalmente en artículo 21.1. Se ampararía, desde este punto de vista, la incorporación de una obra o parte de ella a otra obra diferente. Es decir, que según apunta PÉREZ DE CASTRO, no es requisito *sine qua non* para que exista transformación que se lleve a efecto una actividad transformadora sobre la obra de que se derive una obra diferente, sino que entran en esta noción aquellos supuestos en los que una obra preexistente o parte de ella se incorpora en la realización de otra obra. Cabe entonces pensar en los “remakes” de obras cinematográficas o las continuaciones de las mismas (secuelas) o en la descontextualización de personajes de la obra o de partes de ella para ser insertadas en otros ámbitos que pueden ser audiovisuales (*spin off*), pero también en entornos publicitarios en los que parte de una obra o un personaje muy singular de la misma son vehículo para promoción de servicios o productos.⁵⁵⁵ Cuando hablamos de estas figuras, cabe también que recordemos lo ya expuesto anteriormente en este estudio sobre los elementos susceptibles de protección de la obra preexistente cuando estamos ante transformaciones de este tipo.⁵⁵⁶ Como ya se ha dicho, habrá infinidad de casos en los que el contenido de la obra originaria deberá ser también protegido y los estudiados en este apartado, como a continuación se verá, son ejemplo de ello.

Así, y una vez ya puestos en situación, podemos establecer que, de conformidad con lo señalado por ÉCIJA BERNAL, el término *remake*, expresión anglosajona que no tiene traducción satisfactoria en nuestro idioma, es lo que normalmente se conoce como “versión”.⁵⁵⁷ Este tipo de obras, una especie de autofagia audiovisual, se da cada vez

⁵⁵⁵ Vid. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001, Págs. 133 y 134.

⁵⁵⁶ Vid. Supra. Capítulo Segundo – Apartado 2.2: Elementos susceptibles de protección de la obra preexistente, Págs. 116 a 120.

⁵⁵⁷ A pesar de que hemos advertido de que el término “remake” no tiene una traducción satisfactoria para los fines aquí expuestos, cabe destacar que literalmente en castellano esta palabra quiere decir “volver a hacer”. Compartiendo opinión con RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario al artículo 17” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 17, la profesora PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Remakes de películas y

con más frecuencia, debido quizás a la escasez de ideas o tal vez al miedo a arriesgarse con proyectos nuevos.⁵⁵⁸

De esta manera, la referida figura puede definirse como la producción posterior de una historia anteriormente filmada, generalmente con diferente director, banda sonora, actores, guión, etc. Con relación al guión, cabe destacar que éste no necesariamente será distinto al anterior, como ha ocurrido, por ejemplo, con la película *Psicosis*, aunque, por lo general será distinto pero observando la misma temática, como por ejemplo *Abre los ojos* (1997) y su remake de Hollywood™ *Vanilla Sky* (2001). Ello pone de manifiesto lo ya dicho sobre el contenido de la obra, en el sentido de que es evidente que, en la mayoría de los casos, la forma de expresión es realmente distinta (distinto guión, distinta música, distintos actores, distinta dirección, etc.) y lo que se está protegiendo en todo caso es la línea argumental en sí misma.⁵⁵⁹

Por lo demás, para llevar a cabo un *remake* es necesario que se lleve a cabo la cesión del derecho de transformación, de manera que lo dicho en relación con la adaptación es

autores de la versión original” en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001, Pág. 116, sostiene que puede hablarse de *remake* en aquellos casos en los que existe una nueva versión de una obra cinematográfica con idéntico argumento. A estos efectos, la referida autora viene a ejemplificar su afirmación de la siguiente manera: “*Piénsese en películas como ‘Crimen perfecto’ y ‘Titanic’. En ellas el espectador que acude a las salas de cine ya tiene conocimiento de los personajes, de la historia que se desarrolla y del desenlace de la misma. Ahora bien, existen variaciones entre la primera obra y la versión de la misma, no sólo en cuanto a los intérpretes, sino también por la introducción de los nuevos medios técnicos que pueden hacer más reales las situaciones, como en el caso de ‘Titanic’ o la introducción de nuevos elementos en los personajes, como en el supuesto de ‘Crimen perfecto’, en que el chantajeado para que asesine tiene una estrecha relación con la mujer que debe asesinar. Se recrea la antigua en la nueva película con detalles inexistentes en la primigenia o con frases o escenas de ‘gaz’ de las que carecía la primera atendiendo al público o al tiempo actual con el fin de actualizar los diálogos o las situaciones. A todo ello se suma la intervención de un nuevo director cuyo ritmo y selección de planos y tomas, así como de otras actividades propias de él llevarán a una presentación diferente de la película que ha sido objeto de remake.*”

⁵⁵⁸ Vid. ÉCIJA BERNAL, Hugo (director) et. al., *Libro Blanco del Audiovisual: Cómo producir, distribuir y financiar una obra audiovisual*, Écija & Asociados Abogados, Ed. Exportfilm, Madrid, 2000, Pág. 45.

⁵⁵⁹ A lo ya dicho en este estudio en relación a los elementos susceptibles de protección de la obra preexistente en materia de transformación nos remitimos y podemos añadir además la opinión de BERCOVITZ, Alberto, “Presentación”, *La protección de las ideas*, Jornadas de Estudio de Sitges, octubre de 1992, ALAI, 1994, Pág. 30, quien sostiene que no puede decirse que la protección de las ideas sea totalmente extraña al Derecho de autor y establece que, una vez reciben forma, se protegen ideas tales como los argumentos de obras literarias y guiones cinematográficos.

aplicable al contrato de *remake*, aunque existen ciertas particularidades que deben tenerse en cuenta. Para hacer un *remake* habrá que contar con la autorización o conseguir la cesión de derechos de diferentes personas, dependiendo del caso concreto ante el que nos encontremos.⁵⁶⁰ Si la nueva versión se lleva a cabo sobre la base de una obra originaria, es decir, que no sea resultado a su vez de una transformación, habrá que obtener los derechos por parte de sus autores o de los titulares de derechos en exclusiva. Por el contrario, si la obra ha sido transformada estaremos en presencia de la transformación de una transformación, por lo que se necesitaría la autorización del autor o autores de la obra primigenia como la del autor o autores de la obra resultado de la transformación.

Lo dicho hasta ahora es igualmente aplicable cuando lo que se quiere realizar no es un *remake*, sino una *secuela* o un *spin off*.⁵⁶¹

Las *secuelas* también son obras derivadas de otra u otras anteriores, que no replantean la misma historia que éstas, sino que vienen a ser una continuación de las mismas, que parten desde el momento de culminación de la primera. Como bien se encarga de señalar ALONSO PALMA, dicha continuación no tiene por qué ser cronológicamente posterior a la primera, sino que puede ser anterior en el tiempo, en cuyo caso se suele denominar *precuela* (por ejemplo, *La amenaza fantasma*, que se filmó con posterioridad a la primera trilogía de *Star wars*, *La guerra de las galaxias*, *El imperio contraataca* y

⁵⁶⁰ Vid. ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 87.

⁵⁶¹ Nótese que al referirnos aquí al término “spin off” lo hacemos estrictamente en referencia al ámbito audiovisual. De ahí, que no deba confundirse con la otra acepción normalmente aceptada de este término anglosajón que también suele utilizarse para denominar a “la creación de nuevas iniciativas innovadoras en el seno de empresas o entidades ya existentes (que actúan como matriz o incubadora), y que bajo su amparo y por iniciativa de un asalariado acaban adquiriendo independencia y viabilidad propias, en términos de estructura jurídica, técnicas y comercial, creándose de este modo una nueva empresa.” Así quedó definida esta figura en las Jornadas de “Creación de Empresas Tecnológicas desde la Universidad: Spin-Off académico”. Universidad de Alicante, junio 2002.

El retorno del Jedi, pero su argumento es cronológicamente anterior en el tiempo a éstas).⁵⁶²

Por otra parte, es preciso destacar que las secuelas no se limitan a historias de acción como *Star wars* o personajes al estilo *James Bond*. De hecho, los personajes creados para niños tienden naturalmente a derivar en múltiples aventuras.⁵⁶³ Piénsese, por ejemplo, en las segundas partes de grandes clásicos de Walt Disney Pictures como *La Sirenita*, *Aladino*, *Lilo & Stich*, etc. O bien en obras audiovisuales infantiles que constituyen sagas en las que cada una de sus partes es igualmente famosa que la anterior, como por ejemplo la trilogía de *Shrek* o cada una de las películas de *Harry Potter*.

De la misma manera, debemos resaltar que las secuelas tampoco quedan limitadas únicamente al ámbito audiovisual, sino que también puede hablarse de secuelas de obras literarias. Piénsese, por ejemplo, en el clásico de Louise May Alcott *Mujercitas*, que más tarde dio origen a *Hombrecitos* y posteriormente a *Los Hombrecitos de Jo*. O bien en el clásico de John Ronald Reuel Tolkien *El Hobbit*, que luego continuaría con *El Señor de los Anillos* y concluiría después con *El Silmarillion*. También cabe destacar las numerosas aventuras del personaje *Pepe Carvalho* de Manuel Vázquez Montalbán y así cientos de ejemplos.

Por su parte, los *spin off* consisten en tomar ciertos personajes de una obra preexistente, sacarles de ese entorno y desarrollar una obra audiovisual distinta (por ejemplo *Addison Montgomery*, una de las famosas doctoras de *Anatomía de Grey*, pasó a tener su propia serie de televisión (*Private Practice*), como también lo hizo *Joey* uno de los famosos

⁵⁶² Vid. ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 95.

⁵⁶³ Vid. GARON, Jon M., *The Independent Filmmaker's Law and Business Guide: Financing, Shooting and Distributing Independent and Digital Films*, Chicago Review Press, Chicago, 2002, Pág. 234.

amigos de *Friends*, o más recientemente en España, *Aída*, personaje de la serie *Siete vidas*).⁵⁶⁴

Por lo demás, hemos de resaltar que el aumento cada vez más evidente de la cantidad de secuelas y *spin offs* hace que surja el interrogante de si un personaje en específico puede ser susceptible de protección por derechos de autor fuera de la historia que contiene a dicho personaje. Y es que determinar este aspecto no es tarea fácil, ya que esta disyuntiva viene muchas veces acompañada de otra mucho mayor: de si los artistas, intérpretes y ejecutantes tienen por su participación en la obra de que se trate algún tipo de derecho de autor.

En este sentido, el actor PICÓN a propósito de la construcción del personaje cita al también actor Michael Caine cuando éste último dice: *“Desde el momento en que un guión te llega a las manos, empiezas a hacer determinadas deducciones sobre el personaje que vas a interpretar. Es como recoger pistas. El guionista te da algunas indicaciones, y si tienes suerte, también contarás con la comprensión basada en tus experiencias de la vida. También puedes usar tus observaciones de otras personas que quizás se parezcan en algún aspecto a tu personaje. Cuando interpreté a Frank, el profesor de universidad alcoholico de “Educando a Rita”, lo basé en dos personas que conozco. Para el “Frank profesor de universidad” utilicé a un amigo mío escritor que se llamaba Robert Bolt y para el “Frank alcoholico” me imaginé que era otro amigo mío llamado Peter Langan”*.⁵⁶⁵ A continuación Fernando Picón sigue diciendo: *“Está claro, pues, que la decisión de Michael Caine es absolutamente personal y, por lo*

⁵⁶⁴ Vid. ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 95.

⁵⁶⁵ CAINE, Michael, *Actuando para el cine*, Pilot Ediciones, Biblioteca de actores 3, 2003.

tanto, su creación es original y única".⁵⁶⁶ Esta posición es sostenida por diversos autores en España.⁵⁶⁷

Sin embargo, el punto de vista preponderante en la materia –y el que, por lo demás, compartimos– es el que establece precisamente todo lo contrario; esto es, el de no conceder un derecho de autor (sino conexo) a los artistas intérpretes y ejecutantes por sus participaciones en las obras en las que intervengan. Y es que el propio TRLPI se encarga de regular los derechos de tales sujetos en el Libro II de dicho cuerpo normativo, no reconociéndoles, pues, la condición de autor. De esta manera se entiende que la labor del artista intérprete o ejecutante se limita a la representación de una obra determinada, sin que tal representación, con independencia de su calidad, añada ningún elemento nuevo a la creación. Ciertamente es que una mejor o peor interpretación por parte de tales sujetos modificarían la percepción que de una obra en concreto pueda tener un determinado público, pero este factor por sí sólo no es considerado ni por la doctrina ni por la propia legislación como determinante a la hora de conceder derechos de autor a los artistas intérpretes o ejecutantes.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ PICÓN, Fernando, "El trabajo del actor", en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y autoría*, REUS, Madrid, 2004, Pág. 28.

⁵⁶⁷ Véase en este sentido la obra completa de ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y autoría*, REUS, Madrid, 2004. También debe citarse a RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Interpretación y obra derivada" en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, REUS, Madrid, 2004, Pág. 123, quien sostiene que en algunos casos la aportación personalísima del artista repercute, con una singularidad técnica o por su sensibilidad personal, en aspectos expresivos y estéticos de la obra, unas veces en la medida que el compositor no los haya establecido con total precisión o haya dejado deliberadamente un margen de discrecionalidad al intérprete o ejecutante de la obra; o en otras ocasiones, porque este último, con su propio talento interpretativo, descubre en la obra o le arranca matices, expresividad, color y calor, una inteligencia y altura estética excepcional, desusada en otras interpretaciones de la misma obra o desconocidas antes.

⁵⁶⁸ Sin perjuicio de cuanto acontece, es preciso destacar que el actual artículo 113 del TRLPI reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes ciertos derechos morales, (dentro de los que se incluyen el derecho irrenunciable e inalienable al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, y a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación), sin que ello suponga ningún tipo de reconocimiento autoral. A este respecto, y en línea con todo lo anterior, nos parece interesante, y compartimos totalmente, la opinión BONDÍA ROMÁN, Fernando, "Las artes escénicas y su configuración jurídica", RCDI, Vol. 703, 2007, Págs. 1985 a 2016, cuando establece lo siguiente: *"Los artistas y asimilados desarrollan una labor de*

Por otra parte, todavía nos queda por resolver la disyuntiva de si el personaje en sí mismo es susceptible de protección de manera independiente de la obra que la encierra. En este sentido, un Tribunal de los Estados Unidos determinó que: “*Mientras menos desarrollados estén los personajes, menos podrán ser protegidos: Esta es la penalidad que han de sufrir los autores por hacerlos demasiado indistintos*”.⁵⁶⁹ Subsiguientemente, otro Tribunal estableció que un personaje de una obra podía ser susceptible de protección de manera independiente si dicho personaje “*constituía en sí mismo la historia contada*”.⁵⁷⁰ En definitiva, nos encontramos ante otro supuesto en el que es muy posible caer en el subjetivismo, ya que al no existir una fórmula específica para su determinación, los casos relacionados con la protección de personajes por lo general requerirán del estudio detallado de los tribunales.⁵⁷¹

No obstante, a nuestro juicio, parece claro que es difícil imaginar que un tribunal tolere que cualquier persona pueda utilizar personajes como *Harry Potter*, *Bugs Bunny* o *Spiderman* para hacer obras derivadas sin que medie la autorización de los titulares de derechos correspondientes. Dicho esto, no ya sólo porque parece evidente que habría una vulneración de derechos de autor, sino también porque personajes de tal magnitud es casi cien por cien seguro que en todos los casos estarán también registrados como

intermediación o mediación entre la obra y el público. Por muy creadora, relevante y trascendente que sea su actividad, y no faltan memorables paradigmas (bástenos citar entre artistas contemporáneos extranjeros, por no mencionar los españoles, a Zubin Meta, Peter Brook o Vittorio Gassman), desde un punto de vista legal y formal son titulares de un derecho afín y no de un derecho de autor. Lo que sin duda puede resultar criticable y no son pocas las voces de importantes juristas que así se oyen (por ejemplo, la de Rogel Vide). Pero insisto, legalmente no son autores de una creación protegible por el derecho de autor. Aunque la propia Ley, sólo en el caso de los artistas, parezca que les aproxime mucho a los autores por el reconocimiento expreso de un derecho moral. Y todavía más ahora, pues tras la reforma de la LPI operada por Ley de 7 de julio de 2006 el art. 113 LPI, que se integra dentro del Título dedicado a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, se intitula abiertamente y sin ningún tipo de reticencias como ‘Derechos morales’ (frente al antiguo título de ‘Otros derechos’) y su regulación tras la muerte del artista se equipara a la del moral del autor después de muerto éste.”

⁵⁶⁹ *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d. Cir. 1930).

⁵⁷⁰ *Warner Bros. Pictures, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* 216, F.2d 945, 950 (9th Cir. 1954).

⁵⁷¹ Vid. CRAWFORD, Tad y MURRAY, Kay, *The Writer's Legal Guide: An Author's Guild Desk Reference*, Allworth Press, New York, 2002, Pág. 16.

marcas y, por lo tanto, gozarán igualmente de la protección que les confiere la propiedad industrial.

5. LA UTILIZACIÓN DE OBRAS MUSICALES PREEXISTENTES. EL DERECHO DE SINCRONIZACIÓN

Como continuación a lo que en el capítulo anterior se expresó con relación al tema de la referencia, podemos empezar por establecer que, de conformidad con ÉCIJA BERNAL, la música que se utiliza en las obras audiovisuales puede ser creada *ex profeso* para la misma o se pueden utilizar obras ya existentes en el mercado, bien como acompañamiento o fondo musical de la acción que transcurre,⁵⁷² o bien de manera diferenciada, como obra musical que se inserta en lo que se cuenta en la historia (por ejemplo, la escena en la que el personaje interpretado por Keanu Reeves canta una serenata mariachi al personaje de Aitana Sánchez-Gijón en *Un paseo por las nubes*).⁵⁷³

La música preexistente que se va a utilizar en la obra audiovisual queda muchas veces determinada en el propio guión y es, en ciertos casos, parte esencial de la obra (*El otro lado de la cama*, *Moulin Rouge!* (2001), *My best friend's wedding*).⁵⁷⁴

De conformidad con ALONSO PALMA, en el momento de pensar en la música que se va a introducir es necesario preguntarse si la música está en el dominio público o si genera todavía derechos de autor, cuál va a ser el coste de su utilización, con quién hay

⁵⁷² Según el Régimen autoral para la sincronización de obras musicales en producciones cinematográficas de la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC), “música de fondo” es toda creación de climas musicales ya sean incidentales y/o descriptivos utilizados para ambientar secuencias de películas cinematográficas. Disponible en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.sadaic.org.ar>

⁵⁷³ Vid. ÉCIJA BERNAL, Hugo (director) et. al., *Libro Blanco del Audiovisual: Cómo producir, distribuir y financiar una obra audiovisual*, Écija & Asociados Abogados, Ed. Exportfilm, Madrid, 2000, Pág. 60.

⁵⁷⁴ ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 95.

que contactar y a quién hay que abonar los derechos de propiedad intelectual correspondientes, para que de esta manera el productor pueda saber si está al alcance del presupuesto de la obra y si merece la pena utilizar esa música en concreto. Como hemos visto, al autor de la música preexistente, como no ha sido creada expresamente para la obra audiovisual, al igual que al de la novela en que se basó el guión, la ley no le considera autor de la obra audiovisual.⁵⁷⁵ Para poder incorporar dichas composiciones musicales será necesaria la cesión del derecho de transformación, si bien tanto la doctrina como las entidades de gestión han acuñado una expresión para referirse en concreto a este derecho: “el derecho de sincronización”.⁵⁷⁶

Como vemos, a la hora de incorporar tales composiciones musicales en una obra audiovisual, hablamos siempre de la necesidad de adquirir previamente el derecho de transformación, en el espíritu del artículo 9 del TRLPI.⁵⁷⁷ Esto es importante destacarlo, ya que en el capítulo anterior habíamos mencionado que para poder hablar de sincronización, aún en sentido lato, la obra preexistente debía de ser incorporada materialmente junto con otra u otras obras, dentro de un conjunto expresivo mayor. Asimismo, mencionábamos que no podía hablarse de sincronización, ni por tanto de transformación, sino sencillamente de reproducción, cuando se incorpora una obra musical en una mera grabación audiovisual, o en un fonograma. Ahora bien, en el supuesto de estudio que ahora abordamos, nos referimos a la sincronización de una composición musical en una *obra audiovisual*, no en una mera grabación. Recordemos que, según SÁNCHEZ ARISTI, lo característico de este tipo de sincronización es que el

⁵⁷⁵ Recordemos, pues, que el artículo 87 del TRLPI considera como autores de la obra audiovisual a: 1) el director-realizador; 2) los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos; y 3) los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.

⁵⁷⁶ Vid. ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Pág. 95.

⁵⁷⁷ Otros autores, -a nuestro juicio de forma incorrecta-, sostienen que la sincronización es un supuesto de simple reproducción. Véase en este sentido a VENTURA VENTURA, José Manuel, *La edición de obras musicales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, Págs. 65 a 71.

discurso sonoro de una obra musical aparezca asociado al discurso visual de una secuencia creativa de imágenes. La asociación o superposición de dos discursos expresivos tan diferentes, impide que la incorporación de una obra musical a la banda sonora de un filme pueda ser considerada como un caso de simple reproducción.⁵⁷⁸

Así, la sincronización de una obra musical preexistente en una obra audiovisual se aleja de la mera reproducción mecánica y se viene reconociendo hoy día como un supuesto de transformación,⁵⁷⁹ “el cual ha permanecido rigiéndose en todos los países por un sistema de licencias individuales, licencias para las que tiene que prestar su consentimiento *ad hoc* el titular de los derechos, ya sea el autor o el editor, quedando consecuentemente al margen del régimen general de contratación obligatoria de las entidades de gestión colectiva.”⁵⁸⁰ Así parece afirmarlo la Audiencia Provincial de Barcelona cuando establece que la sincronización audiovisual es una “*modalidad de explotación que goza de autonomía en relación con el régimen de contratación obligatoria de las entidades de gestión colectiva*”.⁵⁸¹

Con relación a lo anterior, debe tenerse en cuenta que si se pretende la cesión de una versión o interpretación concreta de una composición musical, registrada anteriormente en forma de obra fonográfica, además de la autorización del autor, deberá obtenerse

⁵⁷⁸ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 386.

⁵⁷⁹ En contra, véase VENTURA VENTURA, José Manuel, *La edición de obras musicales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, Pág. 66, quien sostiene que teniendo en cuenta los términos en que se pronuncia el artículo 18 del TRLPI, el derecho de sincronización se asemeja al derecho de reproducción, pues se trata de “fijar” la obra y que, aunque no se diga, el soporte al que se fije tal obra seguramente permitirá su comunicación y que de ellas se obtengan copias, totales o parciales, en función de que se incluya completa o fragmentada.

⁵⁸⁰ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 387.

⁵⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 11 de febrero de 2004 [AC2004\1492]. De ahí que, en España, la cláusula cuarta del contrato de adhesión de nuevos socios a la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), establece que para la sincronización de una composición musical en una obra audiovisual, la entidad deberá recabar previamente el consentimiento del titular de los derechos, quien tendrá la facultad de negarse a concederlo. Véanse en este sentido el artículo 157.3 del TRLPI y el artículo 9º2 *in fine* de los Estatutos de Sociedad General de Autores y Editores (SGAE).

asimismo el consentimiento del productor fonográfico y del intérprete.⁵⁸² De conformidad con RAGEL SÁNCHEZ, cuando la interpretación o ejecución se realice en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se presume que el empresario o el arrendatario del servicio han adquirido los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y comunicación pública. En estos casos es preciso, además, que en la cesión se previera expresamente que ésta comprendía también la modalidad de explotación cinematográfica.⁵⁸³ En cualquier caso, lo que resulta evidente es que debe analizarse cada caso concreto y determinar con exactitud cuáles son los titulares de derechos que pueden verse involucrados y recabar la respectiva autorización antes de llevar a cabo cualquier tipo de explotación de la obra de que se trate.

Por otra parte, en lo que aquí respecta, cuando el autor o el editor ceden el derecho de transformación en el contrato, están cediendo únicamente la facultad de sincronizar dicha música. Es decir, “por el contrato de sincronización se cede el derecho a introducir la obra musical formando parte de la obra audiovisual, y el de reproducirla y distribuirla sólo para que esta sea físicamente reproducible en un master, con el objeto de ser comunicado públicamente en un medio o medios determinados (cinematográfico, televisivo, etc.). Por tanto, si el productor quiere posteriormente editar la banda sonora

⁵⁸² Así lo afirma la doctrina, en concreto, véase a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Pág. 480.

⁵⁸³ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis, “Compositores, intérpretes y ejecutantes de la música de cine”, en ROGEL VIDE, Carlos, *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001, Pág. 139. A modo de ejemplo, y citando a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Sentencia del TSJ de Navarra de 4 de noviembre de 1996”, en CCJC-43, enero-marzo-1997, Pág. 340, el referido autor señala que en un supuesto en que se utilizó un fonograma para la banda sonora de un videograma, sin autorización de los artistas y del productor del fonograma, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de noviembre de 1996 estimó que los artistas intérpretes o ejecutantes están protegidos a través de dos acciones diversas: la primera es una acción personal, dirigida a obtener la indemnización de los daños causados; la segunda es una acción real, encaminada a conseguir el cese de la actividad ilícita (acción de cesación). Ahora bien, sigue diciendo este autor, si los intérpretes o ejecutantes cedieron en exclusiva al productor fonográfico los derechos de reproducción y comunicación pública, será éste quien podrá ejercitar la acción personal de indemnización contra los que utilizaron la grabación fonográfica sin su autorización.

de la película, incluyendo en ella la composición musical sincronizada, deberá recabar de nuevo la autorización del titular o cesionario de los derechos sobre la misma.”⁵⁸⁴

Otro aspecto que atañe directamente al derecho de sincronización es cuando la incorporación de la obra musical se hace en una obra audiovisual publicitaria. En efecto, hoy en día no resulta extraño que los anuncios comerciales vengán acompañados de alguna famosa melodía, con la finalidad de despertar en el público al que va dirigido el deseo de consumir o utilizar tales productos o servicios.⁵⁸⁵ Desde luego, muchos son los problemas que en este terreno pueden llegar a plantearse, y entre ellos merece especial atención el relativo al derecho moral del autor.

Como ya destacáramos anteriormente, en el caso de la obra publicitaria, difícilmente podrá exigir el autor de la melodía que se incorpora a la misma que figure su nombre en calidad de títulos de crédito; aspecto éste que afecta de forma evidente lo dispuesto en el artículo 14.3º del TRLPI.

Asimismo, según apunta VENTURA VENTURA, entre otras cosas, pudiera ocurrir, por ejemplo, que el editor autorizara la utilización de la obra para anuncios cuyo contenido, objeto o forma de presentación perjudique o disguste al autor, lo cual pudiera bien acercarnos a lo previsto en el artículo 14.1º, *in fine*, y 4º del TRLPI, relativos a la forma de divulgación y al respeto a la integridad de la obra. De ahí, que para evitar posibles

⁵⁸⁴ ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Págs. 96 y 97.

⁵⁸⁵ Así, en opinión de SCHUSTER VERGARA, Santiago, “El derecho de autor y la publicidad (su situación en las legislaciones de los países de Latinoamérica)”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Tomo II, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, Pág. 1070, así como se utilizan creaciones nuevas para un fin determinado, pueden utilizarse igualmente creaciones que nacieron con otro objetivo y que un publicista desee incorporarlas a su mensaje publicitario.

Por otra parte, no en vano el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad define a la publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”

conflictos, y ante la ausencia de una regulación detallada sobre el particular, algunos doctrinarios sostienen que se impone la consulta directa al autor.⁵⁸⁶

Otro hecho frecuente que puede suscitar algunos problemas, ocurre en el supuesto de que, al efectuar la sincronización de la obra musical preexistente en la obra audiovisual, no se utilice la totalidad de la composición musical, sino tan sólo un fragmento de ésta, fenómeno éste completamente afianzado en el ámbito publicitario al que nos venimos refiriendo, aunque no exclusivo de él. Y es que, por la propia duración de los *spots* publicitarios, es evidente que la composición musical no va a poder ser utilizada en su totalidad. Hecho este que, a juicio de ciertos doctrinarios, pudiera entrar en conflicto con el derecho moral a la integridad de la obra reconocido en el artículo 14.4 del TRLPI.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ Vid. VENTURA VENTURA, José Manuel, *La edición de obras musicales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, Págs. 69 y 70.

⁵⁸⁷ A propósito de la fragmentación, la Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 5 de Madrid, núm. 110/08, de 4 de noviembre de 2008, viene a establecer lo siguiente: *“Es más una reproducción parcial o una fragmentación ha de considerarse equivalente a una reproducción íntegra cuando el uso sea económicamente relevante, tal como ha señalado la SAP de Barcelona (sec 15) de 15 de mayo de 2000. Y evidentemente la fragmentación o reproducción parcial que hace la demandada es semejante a la total, porque su uso es económicamente relevante, ya que estamos ante una comercialización masiva y relevante del ringtone, tal como se infiere de los documentos 5 y 10 de la contestación a la demanda y se trata de un hecho no negado por la actora. En consecuencia el uso del ringtone (en cuanto modalidad fragmentada de la obra musical) es un uso relevante económicamente y ha de equipararse a una reproducción íntegra, lo que no permite entender que deba exigir una autorización distinta a la reproducción obtenida. Es más, carecería de sentido que un usuario obtuviera licencia para poder reproducir una obra íntegra, y sin embargo para una reproducción parcial requiera otra autorización distinta, ya que si puede usar la obra íntegra también podrá hacerlo de forma parcial pudiendo traer a colación el principio de quien puede lo más puede lo menos. Todo ello, a salvo del eventual derecho moral del autor a exigir el respeto a la integridad de la obra, y sin perjuicio de que la fragmentación implique una transformación de la obra, en cuyo caso sí podría ser necesaria la autorización y a la que nos referiremos a continuación.*

En conclusión debemos entender que los derechos de reproducción de las 3 canciones han sido cedidos por los autores y el editor a la SGAE para su gestión y que la licencia dada por ésta a la demandada le permite la fragmentación de la obra, ya que la reproducción engloba la íntegra y parcial.

Pero es que incluso la propia parte actora asume esta tesis al aportar el dictamen del Profesor Bercovitz, cuya reconocida competencia está fuera de toda duda. [...] En ese dictamen (página 7) se indica que la mera fragmentación de una obra no puede considerarse un acto de transformación salvo que vaya acompañada de un tratamiento creativo (que no es el caso que estamos viendo ahora). Sin embargo, continúa señalando el dictamen, ello no quiere decir que cualquiera puede fragmentar libremente una obra musical; aunque la fragmentación en sí puede realizarse sin necesidad del consentimiento del titular del derecho de transformación, la reproducción o comunicación del fragmento escindido requerirá la autorización del titular de esos derechos sobre la obra musical completa. Es decir, el

Con relación a todos estos problemas que pueden suscitarse en torno a los derechos morales, la práctica totalidad de la doctrina es consciente de que no queda más remedio que atenuar de alguna manera el carácter riguroso del artículo 14 del TRLPI y admitir en ciertos casos tales usos, en la medida que suponen ingresos adicionales para los autores y siempre que medie su consentimiento expreso.⁵⁸⁸

dictamen no señala la necesidad de exigir una autorización específica, sino que la autorización sobre la obra completa también le autoriza a la fragmentación. Además, dice el dictamen que la fragmentación puede afectar el derecho moral del autor (integridad de su obra), sin embargo este aspecto no puede ser objeto de análisis en nuestro caso, porque no se ejerce por el autor el derecho moral.” A este respecto, estamos de acuerdo con lo aquí establecido cuando se sostiene que la mera fragmentación de la obra no puede considerarse como una transformación, sino que es necesario que implique algún tipo de modificación creativa. Ahora bien, no podemos estar de acuerdo con cuanto se sostiene sobre la no necesidad de obtener la autorización del autor de la obra musical preexistente cuando, en efecto, la fragmentación implique una transformación. En este sentido, Vid. Supra. Capítulo Segundo, Apartado 2.7: De la autorización del autor de la obra preexistente, Págs. 132 y siguientes.

⁵⁸⁸ Vid. ALONSO PALMA, Ángel Luis, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, Págs. 97 y 98.

CAPÍTULO CUARTO
LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

*“Es de gran alivio conocer las
propias limitaciones.”*

Albert Einstein (1879-1955)
Científico alemán.

**1. LÍMITES A LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN: BREVE
INTRODUCCIÓN**

En materia de propiedad intelectual es preciso que la ley intervenga para crear derechos de exclusiva a favor de los autores sobre sus creaciones, ya que de no asegurarse a tales creadores la exclusividad de sus obras, parece evidente que los mismos no tendrían incentivo alguno en invertir su tiempo y sus recursos en crear unos bienes que puedan ser utilizados por cualquier persona de manera ilimitada. Así pues, el TRLPI, concede al autor de una creación intelectual determinada una serie de prerrogativas que le permiten controlar su explotación económica, además de garantizar que tal explotación se realiza respetando los aspectos de la obra que quedan vinculados de forma directa a la personalidad del autor.⁵⁸⁹

No obstante, resulta indudable el interés que tiene la sociedad en acceder a tales bienes, por la evidente aportación que hacen los mismos al desarrollo cultural de los pueblos. De ahí, que el artículo 44 de la Constitución española establezca que corresponde a los

⁵⁸⁹ Para un estudio más a fondo sobre la racionalidad unitaria de la protección de la propiedad intelectual e industrial, vid. PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 10 – 15.

poderes públicos promover y tutelar el acceso a la cultura, a la que todos tenemos derecho.⁵⁹⁰

Es en gran parte por esto que el TRLPI, en el Capítulo II de su Libro I, artículos 31 a 40, prevé ciertos supuestos que se configuran como límites a los derechos de exclusiva de los autores, en los que es posible acceder a las obras sin autorización para determinadas finalidades específicas. No está de más el destacar, sin embargo, que el resto de las facultades que no se vean afectadas por estos límites permanecen inalteradas, de forma que tales preceptos han de entenderse siempre sin perjuicio del derecho de autor sobre su obra. Se trata básicamente de límites al derecho patrimonial, y se entiende que las utilizaciones que se hagan de las obras en base a dichas disposiciones deberán respetar siempre los derechos morales del autor.

De todo lo anterior se desprende que en la propiedad intelectual o derecho de autor los intereses generales de la sociedad o de la colectividad siempre han estado presentes. Según apunta BONDÍA ROMÁN, el propio reconocimiento del derecho se justifica, al margen de otras motivaciones, por razones sociales que reclaman estimular la creatividad y la difusión de los resultados del trabajo creador. De ahí, la duración temporal de los derechos de explotación y la existencia de estos límites que en la gran mayoría de los casos responden a diversas manifestaciones del interés público que se concretan fundamentalmente en el ámbito de la investigación, la docencia y la información; en la promoción y desarrollo de la ciencia y la cultura. Así, según el indicado autor, la propiedad intelectual representa desde sus inicios, cuando no había ni

⁵⁹⁰ De manera muy similar se expresan tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 27), como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 15). Ambos se refieren al derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora y al derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a disfrutar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de ello resulten.

los más leves atisbos de la función social de la propiedad ni de su subordinación al interés común, la más evidente manifestación de esa función y sometimiento a los intereses sociales.⁵⁹¹

Ahora bien, como bien señala GARROTE, la expresión “límites” del derecho de autor que utiliza la vigente Ley de Propiedad Intelectual para referirse a las excepciones que abarcan sus artículos 31 a 40, y que es, por lo demás, habitual en las legislaciones y en la doctrina es equívoca,⁵⁹² toda vez que, en principio, cabe distinguir dos clases diferentes de límites al derecho de autor.⁵⁹³ Así, vemos que las limitaciones y excepciones pueden ser tanto generales como específicas.

Los límites generales consisten en amplios estándares que reflejan ideales particulares acerca de cuáles materiales son susceptibles de protección por derechos de autor o bien se refieren a la forma de ejercitar el derecho. Por ejemplo, el artículo 9 (2) del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el

⁵⁹¹ BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Capítulo II: Límites”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 164 y 165.

⁵⁹² Como señala GARROTE, Ignacio, *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2003, Pág. 385, el término “excepción” encaja mejor en el derecho español que el de “límites”, ya que “nuestro sistema – como el francés- parte de la idea de que el autor tiene el derecho a la explotación económica de su obra, y cualquier derogación de este derecho debe estar por tanto justificada, siendo, en sentido estricto, una excepción a la regla general. En cambio, el término límites debe reservarse para los límites “naturales” del derecho de autor, como pueden ser la duración limitada del plazo de protección o el principio de que el derecho de autor no protege las ideas sino su expresión. Otros términos, como limitaciones, restricciones, actos autorizados o libre utilización son sin duda útiles, pero menos exactos.” El hecho de que a lo largo de estas páginas se utilice repetidas veces el término “límites”, aún a sabiendas de que no es el más correcto, se debe a que esta es la forma como viene expresado de forma literal en el TRLPI.

⁵⁹³ Esto es, por supuesto, hablando en un sentido amplio toda vez que como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 1982, Pág. 458, “todo derecho subjetivo se enmarca por los límites que lo constriñen y lo fijan, y esos límites pueden ser de distintas clases. En primer lugar, los límites se pueden llamar naturales, toda vez que derivan de la naturaleza propia de cada derecho y de la manera en que es configurado, de acuerdo con la función económica y social que, a través de él, se trata de realizar. El derecho aparece definido en la ley en virtud de esta naturaleza y la definición legal implica ya el establecimiento de sus linderos. En segundo término, están los límites derivados de la confrontación entre derechos pertenecientes a distintas personas. En tercer lugar, los límites llamados genéricos o instituciones, que se apoyan sobre las siguientes bases: (i) el ejercicio del derecho debe hacerse conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad; (ii) el ejercicio de un derecho debe ajustarse a la finalidad económica o social para la cual ha sido concedido o atribuido a su titular. Y en cuarto y último lugar, están los límites temporales de los derechos y, dentro de ellos, la posibilidad de que el paso de un determinado período de tiempo pueda determinar la extinción de los mismos.”

Comercio (ADPIC) ahora abarca la regla de derechos de autor que establece que las ideas no son sujeto de protección a través de la propiedad intelectual. La dicotomía idea/expresión desde hace tiempo ha sido reconocida como una importante limitación a los derechos de autor en diversos países, y de manera muy notable en los Estados Unidos.⁵⁹⁴ Este límite general sirve para ampliar el dominio público al delinear qué es lo que exactamente se protege en una obra, mientras que a la vez distingue entre lo que es objeto de derechos de autor.⁵⁹⁵ Por otra parte, según apunta BERCOVITZ, A., los límites específicos son aquellos que están vinculados con propósitos muy concretos, que por lo general están relacionados con el beneficio de ciertos individuos, instituciones culturales y/o educativas, etc. Es decir, se trata de límites que la propia legislación de Derecho de Autor establece para permitir determinados actos realizados por los terceros que, si no estuvieran permitidos por la propia ley, constituirían una violación del derecho exclusivo del autor.⁵⁹⁶ Son precisamente estos límites específicos los que serán objeto de estudio en las páginas siguientes.

1.1. Generalidades

Como bien indica ANTEQUERA PARILLI, si tomamos como referencia una definición amplia de lo que se entiende por “*derecho subjetivo*”, es decir, como la facultad o poder

⁵⁹⁴ Véase *Baker v. Selden*, 101 US 99 (1879); 17 U.S.C. 102 (b). Véase también *Cuisenaire v. S.W. Imports, Ltd.*, [1969] S.C.R. 208, 211-212 (que analiza la dicotomía idea/expresión según la ley de propiedad intelectual canadiense); y, *Designers Guild v. Russell Williams*, [2000] 1 W.L.R. 2416, 2423 (que analiza la dicotomía idea/expresión según la ley de propiedad intelectual británica). Evidentemente que, en lo que respecta a este estudio, esta regla general de no protección de las ideas debe ser entendida bajo ciertos matices como quedó ya establecido en páginas anteriores. Vid. Supra. Capítulo Segundo, Apartado 2.2.-Elementos susceptibles de protección de la obra preexistente, Págs. 116 y siguientes.

⁵⁹⁵ Vid. OKEDIJI, Ruth L., *The International Copyright System : Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*, ICTSD y UNCTAD, Ginebra, 2006, Pág. 10.

⁵⁹⁶ BERCOVITZ, Alberto, “Límites al derecho de autor”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Pág. 86.

de hacer, poseer o exigir lícitamente algo dentro de los límites impuestos por la ley, podemos inferir que incluso algunos derechos subjetivos caracterizados como oponibles “*erga omnes*”, pueden ser objeto de determinadas restricciones, en orden al interés público o social. Así, por ejemplo, la propiedad fue calificada tradicionalmente como el derecho de usar, gozar, y disponer de las cosas de la manera más absoluta, de modo que cuando el hombre decía que una cosa era suya, podía hacer con ella lo que se le antojase, sin importar los legítimos intereses de terceros, incluso dispendiarla o destruirla, sin limitación alguna, pues los derechos reales no tenían límites. Dicha expresión vinculada a los derechos de propiedad, puede conducir en muchos casos a un abuso del derecho, porque pone por encima de todo al capricho del propietario, sin contemplación alguna a los intereses colectivos y a las necesidades sociales. De ahí, que hoy se reconozcan y apliquen límites tanto a los derechos de propiedad material como inmaterial.⁵⁹⁷ Así, el derecho de propiedad es definido por el Código Civil como “*el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes*”.⁵⁹⁸

Ahora bien, hasta la revisión del Convenio de Berna de 1971, la única disposición contenida en un convenio internacional que establecía los límites bajo los cuales se podían establecer excepciones a los derechos de explotación, quedaba contenida en el artículo 9.2 del propio Convenio y se refería –y se sigue refiriendo– únicamente al derecho de reproducción. A estos efectos, la referida disposición viene a establecer lo siguiente: “*se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras*”⁵⁹⁹ *en determinados casos especiales, con tal*

⁵⁹⁷ Vid. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Los límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 8.

⁵⁹⁸ Véase el artículo 348 del Código Civil español.

⁵⁹⁹ Se refiere a obras literarias y artísticas.

que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

Más tarde, los principios contenidos en la referida disposición fueron recogidos en el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)⁶⁰⁰ y en el artículo 10 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre el Derecho de Autor (TODA/WCT),⁶⁰¹ en ambos casos en relación a todos los derechos exclusivos.

Como vemos, las distintas legislaciones del mundo han venido desarrollando una serie de límites a las facultades insitas en el derecho de autor en distintos supuestos que atienden a necesidades específicas, como por ejemplo el acceso cultural a la obra, ilustración de la enseñanza, derecho a la información, etc. Como bien apunta VEGA VEGA, estas causas se infieren fundamentalmente de la Ley de Propiedad Intelectual que integra los supuestos en los que es válido reproducir, distribuir, comunicar, etc., sin que dicha conducta pueda ser constitutiva de infracción de los derechos de autor.⁶⁰²

Con carácter general, los límites a las facultades de explotación de la propiedad intelectual encuentran su justificación en los intereses generales. En concreto, los artículos 20 y 44 de la Constitución española justifican la mayoría de las limitaciones.

⁶⁰⁰ El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC establece lo siguiente: “*Los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.*”

⁶⁰¹ El artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor viene a establecer que: “*(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*”

⁶⁰² Vid. VEGA VEGA, Antonio, “Nuevas Tecnologías y protección de la propiedad intelectual”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.) *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 1999, Pág. 211.

Su análisis nos permite hablar de razones que buscan facilitar a los ciudadanos el acceso a la cultura (artículo 44.1)⁶⁰³ y a la información (artículo 20.1.d)⁶⁰⁴, para algunos, en los supuestos de copia privada⁶⁰⁵ y comunicación pública de obras con ocasión de informaciones sobre temas de actualidad; o bien de razones dirigidas a potenciar el desarrollo cultural (artículo 20.1.b)⁶⁰⁶ en el caso de la cita. Asimismo, se aspira al desarrollo social (artículo 44.2)⁶⁰⁷ a través de la investigación en el caso de la copia en las bibliotecas o centros de investigación.⁶⁰⁸

Ahora bien, a pesar de que en materia de excepciones de derechos de autor prima el interés general, es importante tener en cuenta la norma prevista en el artículo 40 bis del TRLPI que, como veremos más adelante, dispone que los límites no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.

⁶⁰³ Recordemos que el artículo 44.1 de la Constitución establece que “los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”.

⁶⁰⁴ De conformidad con el artículo 20.1.d) de la Constitución, se reconoce y protege el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.”

⁶⁰⁵ Algunos autores como por ejemplo LLEDÓ YAGUE, F., “Comentario a los artículos 31-32”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, Pág. 493, sostienen que una de las razones que justifican la copia privada radica en la garantía de acceso a la cultura de todos los ciudadanos. Sin embargo, en contra, véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 629/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de junio de 2007, que establece lo siguiente: “Así, queda visto que el límite del Art. 31.2.º del TRLPI no responde a ningún interés general superior como pueda ser el acceso a la cultura o el incremento del acervo cultural nacional. Son precisamente este tipo de intereses los que justifican el resto de los límites previstos en el Título III de la Ley de Propiedad intelectual, pero no el límite que nos ocupa. Es más, son dichos intereses generales y superiores los que configuran la propiedad intelectual como una propiedad tan especial sujeta a límites y duración. Como la «copia privada» no encuentra justificación en ningún interés general, la interpretación sobre qué copias tienen la consideración de ser para uso privado del copista ha de ser, si cabe, más restrictiva que la de cualquier otro límite.”

⁶⁰⁶ Hemos de recordar que de acuerdo con el artículo 20.1.b) de la Constitución, se reconoce y protege el derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”.

⁶⁰⁷ El artículo 44.2 de la Constitución establece que “los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”.

⁶⁰⁸ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 396.

Como puede intuirse de todo lo anterior, los derechos exclusivos a los que las excepciones pueden afectar son fundamentalmente los derechos patrimoniales. Y es que, como regla general, el derecho moral no admite límites, aunque ciertamente puede verse afectado en algunos casos por una excepción al derecho patrimonial.⁶⁰⁹

Hay que señalar, además, que “estas implicaciones que pueden tener las excepciones a los derechos patrimoniales sobre el derecho moral tienen particular importancia para las obras visuales. Ello es así porque en muchos casos la reproducción de la obra visual no es posible en el mismo sentido en que puede reproducirse una obra literaria, gráfica o musical. Piénsese en un cuadro o una escultura. En estos supuestos el acto de reproducción consistirá en una fotografía, que podrá tal vez afectar de alguna manera a la integridad de la obra tal como la ha concebido su autor. Ello significa que en esos supuestos, aún existiendo la excepción legal, el autor podrá oponerse a una reproducción que desvirtúe su obra y afecte por tanto al derecho moral.”⁶¹⁰

A la luz de lo anterior es preciso destacar además que, como las limitaciones no afectan el derecho moral del autor, las mismas sólo se pueden aplicar *después de la primera publicación de la obra realizada con autorización del autor*; es decir, luego de que este ha ejercido su derecho moral de divulgación.⁶¹¹

⁶⁰⁹ Piénsese, por ejemplo, en un anuncio publicitario en el que se incorpore una obra musical preexistente. Como ya lo indicáramos anteriormente, por la propia naturaleza de la publicidad será complicado el exigir la inclusión de títulos de crédito, lo que afecta, en cierta forma, al derecho moral de paternidad. Igualmente, dado que el medio no lo permite, no sería práctico exigir que se indique el nombre del ilustrador de un sello de correos, por ejemplo.

⁶¹⁰ BERCOVITZ, Alberto, “Límites al derecho de autor”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Págs. 91 y 92.

⁶¹¹ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 219. No obstante, es preciso destacar que el primer párrafo del artículo 31 bis del TRLPI el cual establece un límite a los derechos de autor por razones de seguridad y procedimientos oficiales, ha eliminado la condición que sí aparecía en nuestra anterior legislación en los artículos 31.1, 34.2.c y 135 que exigía que la obra estuviese previamente divulgada. A este respecto MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 31 bis”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Págs. 247 y 248 sostiene que, en su opinión, “la reproducción, distribución y/o

Por otra parte, según VÁZQUEZ LÓPEZ, los límites específicos al derecho patrimonial exclusivo a los que nos venimos refiriendo, pueden presentarse como:

- i. Utilizaciones permitidas sin autorización del titular, sin pago. Estas disposiciones suelen denominarse *excepciones* a la protección; y
- ii. Disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el derecho de autor, previo pago al titular de dicho derecho. Estas disposiciones, que suelen denominarse “*licencias obligatorias*”, así como las normas que permiten su aplicación, aparecen recogidas en los artículos 11bis2) y 13 del Convenio de Berna y en el Anexo del Acta de París del Convenio de Berna.⁶¹²

comunicación pública de una obra no divulgada, incluso respetando la finalidad que contempla la LPI, supondría un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de su autor, como mínimo. Y, por lo tanto, difícilmente podría gozar de amparo legal.”

⁶¹² VÁZQUEZ LÓPEZ, Víctor, “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 296. De forma similar se expresa BERCOVITZ, Alberto, “Límites al derecho de autor”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Pág. 93, cuando establece que: “entre los límites al derecho de autor establecidos en el TRLPI se mezclan supuestos de excepciones en sentido estricto (gratuitos), como por ejemplo las citas y reseñas (artículo 32), la utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas (artículo 35) o la libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones (artículo 37), con supuestos de verdadera licencia legal (remunerada), como por ejemplo la copia privada (artículo 31.2 en relación con el artículo 25) o los trabajos y artículos sobre temas de actualidad (artículo 33).”

Sin embargo, es preciso destacar que hay algunos autores, como por ejemplo, ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Los límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Págs. 12 a 14, que se decantan por la siguiente distinción: (i) “*Licencias no voluntarias*”, de acuerdo a la ley aplicable y en concordancia con los casos permitidos por los Convenios Internacionales; (ii) Supuestos de *excepción* previstos en la ley donde el uso de la obra es libre, pero sometido al pago de una remuneración (“derechos de remuneración”) y; (iii) *Usos libres y gratuitos*, bajo el cumplimiento de los “usos honrados”.

A este respecto, según el referido autor, se entienden como “*licencias no voluntarias*” las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones en relación a determinadas utilidades que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la obra. Estas licencias no voluntarias vienen previstas en el Convenio de Berna y pueden, a su vez, adoptar dos modalidades distintas (a elección de cada legislación nacional), a saber: a) Las “*licencias obligatorias*”, en las cuales por mandato legal la autorización para el uso de la obra debe concederla necesariamente la autoridad competente (o, si la legislación lo permite, la sociedad de gestión colectiva), para determinados casos (siempre de interpretación restrictiva) y en las condiciones definidas por la ley (V.V.A.A., *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*”, OMPI, Ginebra, 1980, Pág. 51.); y b) Las “*licencias legales*”, donde la autorización es concedida directamente por la ley, igualmente en casos especiales para usar la

“El fundamento político y jurídico de cada categoría de disposiciones es diferente. En las excepciones las libertades y derechos fundamentales o el interés público justifican la anulación de los derechos privados que tienen los autores sobre sus obras en estas circunstancias particulares. En las licencias obligatorias los derechos de autor siguen protegidos aunque de una manera más restringida ya que, aunque la insuficiencia del mercado o el interés público sigan justificando la utilización, independientemente del consentimiento del autor, dicha utilización está sujeta al pago de una adecuada remuneración.”⁶¹³

Por último, y para dar paso al tema siguiente, cabe afirmar que las “excepciones al derecho de autor son solamente las específicamente determinadas en la ley, sin que exista una cláusula general que permita su extensión analógica.”⁶¹⁴ Por el contrario, como toda norma limitativa de derechos exclusivos, deben interpretarse de forma rigurosamente restrictiva, quedando únicamente ceñidas al objeto concreto para el que han sido fijadas.

obra por un modo determinado y, como en las licencias obligatorias, mediante el pago de una remuneración (V.V.A.A., *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, OMPI, Ginebra, 1980, Págs. 51 y 224.). A diferencia de las “*licencias obligatorias*” (en las que debe solicitarse la autorización respectiva ante la autoridad o entidad competente), en las “*licencias legales*” dicho permiso es otorgado por la ley, sin necesidad de previa solicitud de concesión o de notificación alguna.

Por su parte, según indica el autor al que venimos citando, los derechos de remuneración se refieren a aquellos casos en los que aunque no se atente contra la explotación normal de la obra, se causa un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor, saltándose así la última condición de la regla de los tres pasos, y la manera de remediarlo es a través de una remuneración compensatoria. En estos casos, el ejemplo por excelencia es el límite de “copia privada” que estudiaremos más adelante.

En cuanto a los usos libres y gratuitos, éstos implican la utilización de la obra sin necesidad del consentimiento del titular ni el pago de remuneración alguna. Se trata de utilizaciones que, en concepto del legislador, resultan inofensivas y, en consecuencia, ajustadas a los “*usos honrados*” que veremos en el apartado siguiente. Ejemplo de estos usos serían el límite de cita o bien la reproducción de obras artísticas situadas permanentemente en lugares públicos.

⁶¹³ VÁZQUEZ LÓPEZ, Víctor, “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 296.

⁶¹⁴ BERCOVITZ, Alberto, “Límites al derecho de autor”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Pág. 97.

1.2. Interpretación restrictiva de los límites a los derechos de autor (la regla de los tres pasos, los “usos honrados” y el “ius usus innocui”)

Como bien decíamos al principio y a lo largo de este estudio, el TRLPI prevé ciertos límites a los derechos de exclusiva de los autores, que permiten el uso de las obras de éstos para determinadas finalidades. Sin embargo, el resto de las facultades que no se vean afectadas por estas limitaciones permanecen inalteradas, de tal manera que los preceptos establecidos en los artículos 31 a 40 del TRLPI, han de entenderse siempre sin perjuicio del derecho del autor preexistente sobre su obra. En consecuencia, todos los indicados artículos deben ser objeto de interpretación restrictiva.⁶¹⁵ Es decir, que tales disposiciones sólo podrán interpretarse de manera tal que permitan sólo lo que de ellos esencialmente se desprenda, y no cabe, pues, una interpretación que implique que su aplicación cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.⁶¹⁶

Y es que, según apunta ANTEQUERA PARILLI, las limitaciones o excepciones al derecho exclusivo del autor de autorizar o no la explotación de su obra por cualquier procedimiento y en cualquier forma, deben legislarse e interpretarse todas bajo el principio de los “usos honrados”⁶¹⁷ los cuales, conforme al artículo 9.2 del Convenio de Berna por lo que se refiere al derecho de reproducción, y en relación a todos los

⁶¹⁵ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Capítulo II: Límites” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 164. No obstante, otros autores como, BERCOVITZ, Germán, “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 102, sostienen que esta afirmación no es del todo correcta al destacar que: “Frecuentemente se señala que al tratarse de límites o excepciones a derechos, deben interpretarse restrictivamente. Ello es parcialmente cierto (desde luego lo es cuando se enfrenten a un interés puramente económico individual). No debe olvidarse que tal como se resalta desde el “Derecho de la información”, el propio derecho de autor es también una excepción a la libertad de expresión y a la libertad de información”.

⁶¹⁶ Véase en este sentido el Artículo 40 bis. del TRLPI.

⁶¹⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Pág. 121.

derechos de los artículos 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y 10 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derechos de autor (TODA/WCT),⁶¹⁸ están sometidos a la “*regla de los tres pasos*”, a saber: que tales limitaciones deben responder a supuestos específicamente determinados en la ley y que los mismos, por ser excepciones a un derecho exclusivo, tienen que ser interpretados en forma restrictiva, no atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor.

Como se ha dicho, esta *regla de los tres pasos* viene establecida en nuestro TRLPI en el artículo 40 bis, y no es más que una norma interpretativa. Es decir, no se trata de un límite de los límites (valga la redundancia) establecidos en los artículos 31 y siguientes del TRLPI, sino la forma en la que los mismos han de ser interpretados. Es decir, que dicha regla simplemente indica que la explotación efectuada por el beneficiario del límite de que se trate no puede: a) perjudicar de forma injustificada a los intereses de los autores; y/o b) ir en detrimento de la explotación normal de las obras en cuestión.

Hay que decir, de conformidad con RODRÍGUEZ TAPIA, que esta regla de los tres pasos, en sentido estricto vendría a establecer que: 1) los límites son tasados y *numerus clausus*; 2) los límites no pueden perjudicar la explotación normal de la obra; y 3) los límites no pueden perjudicar a autores de forma injustificada. La traducción española de la regla internacional parece más un test de dos pasos que de tres, porque no está tan claro, al leer el artículo 40 bis, que los límites al derecho de autor y derechos afines sean

⁶¹⁸ Debe sumarse, además, la previsión, en lo que corresponde a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, del artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas.

numerus clausus, como *apertus* son sus derechos de explotación.⁶¹⁹ Ahora bien, como hemos dicho anteriormente, es doctrina generalizada entender que los límites al derecho de autor son solamente los específicamente determinados en la ley, sin que exista una cláusula general que permita su extensión analógica.⁶²⁰

El Tribunal Supremo corrobora estas afirmaciones al establecer lo siguiente: “*En materia de propiedad intelectual rige el principio o regla general de tener que pedir permiso al titular de un derecho de autor para poder comunicar, reproducir, distribuir o transformar su obra. La excepción a esta regla general sólo puede venir dada por los límites que la Ley establece con claridad, límites que han de ser lógicamente interpretados de manera restrictiva en consonancia con la naturaleza de la norma (Art. 4.2 CC). [...] A las anteriores observaciones hay que añadir el nuevo Art. 40 bis TRLPI. Así, los artículos del presente capítulo (el relativo a los límites) no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran. Esta norma transcrita recoge lo que se conoce como la «regla de los tres pasos», que obliga a los Estados a limitar las excepciones a «casos especiales», evitando aplicarlas en daño de «intereses legítimos» de los titulares de derechos o de la explotación normal de las obras y prestaciones*

⁶¹⁹ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al artículo 40 bis”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Pág. 344.

⁶²⁰ De hecho, el propio autor que acabamos de citar, esto es, RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al artículo 40 bis”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Pág. 344, continúa estableciendo a este respecto lo siguiente: “*Ahora bien, como se dijo antes, la cuestión metodológica es atractiva, pero muy enrevesada, porque puede ser vicioso el círculo interpretativo, si consideramos que la explotación normal de la obra y el perjuicio injustificado al autor no son conceptos de derecho natural sino de derecho positivo. Por ello, es la ley (y no el mercado) la que puede decidir qué se entiende por explotación normal, al definir cuál es el monopolio de explotación de los titulares (artículos 17 a 23 LPI) y cuáles los límites (artículos 31 a 40 LPI) que delimitan dicho monopolio. Como es la ley igualmente –y no los usos– la que determina qué se entiende por perjuicio injustificado: si la ley permite que se cite una obra divulgada de un autor para su análisis, comentario o juicio crítico (artículo 32), no podría recortarse dicho límite por vía de interpretación, a la luz del artículo 40 bis, diciendo, por ejemplo, que las citas que contengan una crítica negativa del autor citado no pueden publicarse porque vulneran este límite del límite.*”

(Artículos 10 y 16 respectivamente, de los tratados OMPI sobre derechos de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas; también el Art. 13 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio-ADPIC).”⁶²¹

Ahora bien, aunque reconozcamos abiertamente que los límites al ejercicio del derecho de explotación que, con carácter exclusivo, ostenta el autor sobre su obra, merecen una interpretación restrictiva; “ello no puede entenderse ignorando el equilibrio pretendido entre la propiedad del autor sobre la obra por él creada y los intereses públicos o fines sociales afectados. Equilibrio de intereses que exige un estudio pormenorizado de los intereses concurrentes en cada caso concreto, tutelando tanto el derecho de propiedad que ostenta el autor sobre su obra, como el interés social a disfrutar de la misma.”⁶²²

Por otra parte, debemos detenemos un momento a estudiar una expresión que hemos utilizado más arriba, esto es, la de “*usos honrados*”. Como bien apunta ANTEQUERA PARILLI, el Convenio de Berna utiliza en dos ocasiones la expresión “*usos honrados*”, una para referirse a las condiciones bajo las cuales es lícita la cita de obras protegidas; y otra para determinar los requisitos bajo los cuales las legislaciones nacionales pueden permitir el uso libre de dichas obras con fines de ilustración para la enseñanza, pero en ninguno de los casos define dicha expresión ni precisa su alcance. Ahora bien, hasta la fecha, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando esta figura no para establecer un límite en sí mismo al derecho de explotación, sino para determinar las condiciones bajo las cuales se pueden establecer limitaciones al derecho exclusivo de

⁶²¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 629/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de junio de 2007.

⁶²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 108/2007 (Sección 13), de 26 de febrero de 2007 [JUR 2007\151600].

utilizar o autorizar la utilización de las obras protegidas por el derecho de autor.⁶²³ El concepto lo aclara la Audiencia Provincial de Madrid cuando establece lo siguiente: *“En este último caso la doctrina configura los límites entre los que se encuentra el "derecho de cita" demandando el concurso de los siguientes requisitos:*

*a) Que la utilización de obras ajenas comporte alguna de las modalidades previstas en el artículo 32, esto es, cita, análisis, comentario o juicio crítico; [...] b) Que la incorporación de la obra ajena sólo persiga alguno de los fines legalmente previstos, esto es, la docencia o investigación interpretadas en sentido lato, equivalente al término "usos honrados" que exigía el artículo 10.1 del Convenio de Berna, que autores como Rogel Vide interpretan como **utilizaciones que revelen la intención de referirse a lo que es normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, o a lo que no se opone al sentido común, apreciado de manera objetiva y que, en su caso, habrán de apreciar los tribunales;** y c) Que la cita se realice "en la medida justificada por el fin que se persigue", expresión -a la que se equiparan las de "uso legal" o "fair use"- introducida también en el Convenio de Berna tras la revisión de Estocolmo en 1967.*”⁶²⁴

Así, el principio de los usos honrados, bajo la óptica latina, impone los parámetros dentro de los cuales resulta admisible o “razonable” la previsión de determinadas limitaciones al derecho exclusivo del autor y que legitiman el uso libre y gratuito de su obra. Esas condiciones o excepciones van dirigidas, tanto a los legisladores al momento de dictar las normas internas, como a quienes tienen el deber de aplicarlas⁶²⁵ y están

⁶²³ Vid. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Págs. 179 y 180.

⁶²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 108/2007 (Sección 13), de 26 de febrero de 2007 [JUR 2007\151600].

⁶²⁵ Véase en este sentido lo dispuesto en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Pág. 180.

íntimamente relacionadas con la regla de los tres pasos que ya hemos descrito anteriormente. Es decir, que las excepciones a los derechos de autor se pueden implementar en las distintas legislaciones siempre que se refieran a un uso normalmente admisible, que corrientemente se acepta por no oponerse al sentido común,⁶²⁶ (usos honrados) y siempre que no interfieran con la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor⁶²⁷ (regla de los tres pasos).

Por otra parte, al momento de analizar y aplicar las excepciones o limitaciones previstas en la ley, también suele acudir al principio de “*jus usus innocui*”. Según LÓPEZ DE HARO, si analizamos la expresión por partes, vemos que el término “*jus*” denota que se trata de un derecho, no de un permiso ni de una tolerancia; “*usus*” implica que se actúa sobre cosa de otro y en razón a “*jus*”, no por capricho ni por abuso; “*innocui*” significa que el uso no causa perjuicio, que es inocente o inocuo, inofensivo. Por consecuencia, el “*jus usus innocui*” es el derecho de aprovecharse de una cosa ajena, usándola por razón de utilidad, sin que el dueño sufra perjuicio. El uso, unido al concepto de aprovechar, implica apropiación o consumo. Formulado así el derecho que analizamos, no obstante su carácter de inocuo, se presenta como subversivo del orden jurídico, porque aprovechar y a título de derecho lo que es de otro parece un atentado al dominio. Sin embargo, el fenómeno sucede cada día y lo presenciamos como una cosa tan natural que tacharíamos de abuso del propietario todo acto de oposición.⁶²⁸ Así, tenemos que el *ius usus innocui* tampoco constituye un límite en sí mismo al derecho del autor sobre su obra, sino que, como hemos dicho, se trata de un método interpretativo para analizar y aplicar las excepciones. Como señala ANTEQUERA

⁶²⁶ Vid. V.V.A.A., *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978. Pág. 67.

⁶²⁷ Vid. V.V.A.A., *Glosario de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, OMPI, Ginebra, 1980, Pág. 113.

⁶²⁸ LÓPEZ DE HARO, R., “El *jus usus innocui*”, *Revista de Derecho Privado*, enero de 1920, Pág. 18.

PARILLI, el *ius usus innocui* tiene que ser, por propia definición, “benigno” o “inofensivo”, o sea que no haga daño, lo que supone en materia de derecho de autor el cumplimiento de los usos honrados y la regla de los tres pasos.⁶²⁹

En definitiva, podemos concluir estableciendo que los tres principios de interpretación de los límites anteriormente descritos coinciden en el mismo concepto de fondo: los límites al derecho patrimonial exclusivo sobre la obra deben interpretarse restrictivamente y podrán ser implementados en la medida en que su aplicación no perjudique injustificadamente a la obra y/o a su autor.

1.3. La teoría llamada del “Fair use”

El *fair use* (traducido como *uso leal*, *uso legítimo* o *uso justo*), es una figura típica del sistema angloamericano que surge de la interpretación jurisprudencial en los Estados Unidos, a través de un importante número de decisiones judiciales.⁶³⁰ “Esta figura en un principio fue elaborada por la doctrina judicial estadounidense como un límite al

⁶²⁹ Vid. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Pág. 190.

⁶³⁰ La tendencia de esta doctrina ha sido la de extenderse a otros países y para ello, pudo haber contribuido la gran repercusión y seguimiento que en todo el mundo tuvo el caso *Betamax*, en el que se planteaba el ámbito de aplicación del *fair use*. A este respecto, BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual. Su Significado en la sociedad de la información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Madrid, 1988, Págs. 261 y 262, resume claramente el caso de la siguiente manera: “En 1977, “Universal Studios” y “Walt Disney Productions” interpusieron una demanda ante el Tribunal del Distrito de California contra “Sony Corporation”, fabricante del grabador de vídeo “Betamax”. El fundamento de la demanda consistía en el hecho de que el magnetoscopio “Betamax” había sido lanzado al mercado para incitar al uso privado de copias de emisiones de televisión que comportaban filmes que eran propiedad de los demandantes, con lo que se infringía la ley –estadounidense- de derecho de autor. Los estudios, en la misma línea, argumentaban que no eran adecuadamente compensados por las grabaciones caseras, las cuales bajan las ventas de cintas prerregistradas y recortan la audiencia de las películas de televisión. Sony ganó en el Tribunal de Distrito, el cual estimó que no se debían limitar las grabaciones hechas en domicilio y no destinadas a un uso comercial (Sentencia de 2 de octubre de 1979). Este fallo fue anulado por el Noveno Tribunal Circulante de Apelaciones de San Francisco, al estimar que “la doctrina del ‘uso leal’ no puede aplicarse a las grabaciones de vídeo en domicilio” –Sentencia de 19 de octubre de 1981-. Sin embargo, “Sony Corporation” recurrió al Tribunal Supremo, que en Sentencia de 17 de enero de 1984 declaró que la utilización del magnetoscopio “Betamax” con objeto de grabar emisiones de televisión protegidas constituía un “uso leal” y, por tanto, no era una actividad ilegal de infracción de los derechos de autor”.

derecho de reproducción, y más tarde se recogió de modo expreso en la *Copyright Act* como una limitación a todos los derechos exclusivos contemplados en el mismo texto legal.”⁶³¹ El *fair use* fue entonces codificado básicamente en la Sección 107 del 17 U.S.C. (*Copyright Act*) de 1976, que reza de la manera siguiente:

“No obstante las previsiones de las secciones 106 y 106A,⁶³² el uso leal de una obra protegida por el derecho de autor, incluyendo el uso por reproducción en copias o discos sonoros o mediante cualquier otro medio especificado en tal sección, para propósitos tales como la crítica, comentarios, reporte de noticias, enseñanza (incluyendo múltiples copias para el uso de la clase), becas o investigación, no es una infracción al derecho de autor. Para determinar si el uso hecho de una obra en un caso particular es un uso leal, los factores a ser considerados deben incluir:

- (1) El propósito o carácter del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o si tiene un propósito educacional sin fines de lucro;*
- (2) La naturaleza de la obra objeto de protección;*
- (3) La cantidad y sustancia de la porción usada en relación con la obra como un todo; y*
- (4) El efecto de tal uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra.*

*El hecho de que la obra sea inédita no impedirá en sí mismo considerar un uso leal, si tal consideración está hecha sobre los factores arriba mencionados.”*⁶³³

⁶³¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Pág. 182.

⁶³² Se refieren a los derechos patrimoniales exclusivos y morales de paternidad e integridad sobre las artes visuales, respectivamente.

⁶³³ El texto completo del *Copyright Act* de los Estados Unidos puede ser consultado en línea a través de la siguiente dirección electrónica: <http://www.copyright.gov/fls/fl102.html>.

Según SELTZER, este artículo tiene tres serios defectos. En primer lugar, no ofrece ningún tipo de definición sobre lo que es el *fair use*. En segundo lugar, no establece ni el más mínimo lineamiento sobre el orden de prioridad que debe aplicarse a los cuatro “factores a ser considerados”. Y en tercer lugar, enumera aspectos que universalmente se reconocen como uso leal conjuntamente con términos y usos ambiguos (enseñanza, investigación).⁶³⁴ Todo lo cual pone en evidencia el amplio margen interpretativo que se deja al criterio del Juez de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.

Curiosamente en una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza⁶³⁵ se define lo que es el *fair use* y los requisitos para la aplicación de dicha doctrina. Así, en el fundamento de derecho segundo de la referida sentencia se declara lo siguiente: “*Lo que en doctrina anglosajona se ha definido fair use –uso leal-, esto es, un privilegio otorgado al público en general para utilizar de manera razonable una obra protegida*

⁶³⁴ Vid. SELTZER, Leon E., *Exemptions and Fair Use in Copyright. The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1978, Pág. 19. A este respecto, según HOFFMAN, Barbara, “Fair use of digital arts images and Academia: A view from the trenches of the conference on fair use”, en V.V.A.A., *Copyright and fair use: The great image debate*, Routledge, 1997, Pág. 117, “basado originalmente en decisiones judiciales, el Congreso codificó esta doctrina [*del fair use*] en su Copyright Act de 1976. El artículo 107 de esta Ley no define lo que es el fair use. En lugar de eso, el preámbulo del referido artículo establece ciertos ejemplos ilustrativos como enseñanza, educación e investigación como ejemplos de fair use e indica que tal uso debe ser considerado conjuntamente con cuatro factores interrelacionados a fin de determinar si la utilización de una obra en cualquier caso particular constituye un uso justo. El mero hecho de que una imagen se utilice con propósitos educativos no significa que ese uso sea “justo”. La Suprema Corte ha establecido que los cuatro factores establecidos en el artículo 107 deben ser considerados sin ningún tipo de orden de prelación y que el fair use debe ser analizado dependiendo de las circunstancias de cada caso.” (La traducción al castellano es nuestra).

Por su parte, WANT, Robert, *Harry Potter and the Order of the Court: The J.K. Rowling Copyright Case and the Question of Fair Use*, Nationcourts.com, 2008, Págs. 24 y 25, viene a establecer lo siguiente “*en su sentido más general, un uso leal de conformidad con los derechos de autor es una reproducción de material protegido realizada para un propósito limitado y “transformativo”, como pueden ser los comentarios, la crítica o la parodia de una obra protegida. Tales usos pueden ser realizados sin la autorización del titular de los derechos. Ahora bien ¿qué es un uso “transformativo”? Si esta definición parece ambigua o vaga, hay que tener en cuenta que millones de dólares en costes legales se han gastado tratando de definir el concepto de fair use. No hay reglas establecidas, sólo hay lineamientos generales y decisiones judiciales diversas. Esto sucede porque los jueces y legisladores que crearon la excepción del fair use no quisieron limitar su definición. Su intención era que el fair use –como la libertad de expresión- tuviera un significado expansivo que quedara abierto a la interpretación. Y a pesar de su vaguedad, podemos tener una idea general de cuáles son los usos que podrían encajar dentro del fair use y cuáles no.*” (La traducción al castellano es nuestra).

⁶³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 708/1998 (Sección 5ª), de 2 de diciembre de 1998 [AC 1998\2303].

*por la propiedad intelectual sin el consentimiento de su propietario, a pesar del monopolio que le corresponde sobre su obra, conforme a lo cual, para determinar si el uso de una obra en un caso concreto es leal y, por consiguiente, constituye una excepción lícita al derecho de reproducción, es necesario tomar en consideración los cuatro factores siguientes: 1) El destino y el carácter del uso y, principalmente, la naturaleza comercial de aquel o su destino a fines no lucrativos; 2) La naturaleza de la obra protegida; 3) El volumen y la importancia de la parte utilizada con relación al conjunto de la obra protegida; y 4) La influencia del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor, especificándose en aquel Derecho que, con relación al primer elemento, se opone “fines comerciales” a “fines educativos y no lucrativos”; con relación al segundo, se añade que el interés público puede entrar en consideración en lo que se refiere a la libre circulación de obras de información, pero para las obras de distracción debe predominar el interés de los autores; y con relación al tercer criterio se afirma que el volumen de la obra no puede ser invocado cuando se trata de reproducción de obras enteras o de su mayor o más importante contenido.”*⁶³⁶

Aunque el *fair use* se corresponde en lo fundamental con los usos honrados, dado que permite, en ciertos casos especiales, limitaciones al derecho exclusivo del autor siempre que no se afecte la explotación normal de la obra ni se cause un daño irrazonable a los legítimos intereses del titular del derecho, “hay un matiz que lo distingue de la

⁶³⁶ De forma similar se expresa el “Glosario de derecho de autor y derechos conexos”, OMPI, Ginebra, 1980, Pág. 114, cuando define a esta figura de la manera siguiente: “USO LEAL (“Usage loyal”; “fair use”): En la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, el uso leal constituye, junto con las excepciones especiales, una limitación de carácter general del derecho exclusivo del titular del derecho de autor. En tanto que doctrina jurídica evolucionó y recibió reconocimiento legal en el artículo 107 de la nueva Ley de Derecho de Autor, de 1976. El uso leal está permitido como la crítica, el comentario, noticias, informes o reportajes, docencia, estudios especiales o investigación. El uso leal habrá de determinarse teniendo presentes factores tales como el hecho de si la utilización tiene un carácter comercial o es para fines docentes no lucrativos, la naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor, la cantidad e importancia de la parte utilizada en relación con todo el conjunto de la obra, y las repercusiones de la utilización sobre un posible mercado o valor de la obra. El uso leal es un tipo de libre utilización de la obra.”

interpretación en la tradición latina, y es que en esta última los límites admitidos están detallados en la norma jurídica con suma precisión, mientras que en el *fair use*, de acuerdo a la disposición estadounidense (es decir, como un “*sistema abierto*”), deja un amplio margen interpretativo para el Juez de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre que en él se cumplan los parámetros generales indicados en el citado dispositivo.”⁶³⁷

Es decir, que el sistema del *fair use* se contrapone al sistema continental europeo de las excepciones en su planteamiento básico. En los sistemas anglosajones el *fair use* significa que el legislador parte de la necesidad de conseguir un balance entre el derecho exclusivo y los derechos de terceros, por lo que establece un listado de factores que podrían determinar la licitud de un uso concreto de la obra. Por el contrario, en nuestro sistema se establece un listado exhaustivo de limitaciones a tales derechos. Según BERCOVITZ, A., esta diferenciación tiene gran trascendencia práctica. En efecto, el *fair use* opera como cláusula general que permite comprender una pluralidad de supuestos y tiene un valor normativo de rango similar al derecho exclusivo. Sin embargo, en el sistema continental, el principio básico de partida es el derecho exclusivo del autor, de manera que se establecen límites u excepciones para supuestos concretos; tiene, pues, que haber un listado cerrado de limitaciones y éstas han de ser interpretadas con criterio restrictivo.⁶³⁸

⁶³⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007, Pág. 182. En puridad, se trata de una figura compleja que dada la amplitud de supuestos que se presuponen incluidos dentro de ella, desde sus inicios los Tribunales de los Estados Unidos la tachaban como la figura “más problemática en toda la ley de derechos de autor”. Así, en el caso *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661 (2d Cir. 1939), el primero que hubo en los Estados Unidos sobre *fair use*, la Suprema Corte establecía que: “Esta es una de esas preguntas intrincadas en las que no es... fácil llegar a ninguna conclusión satisfactoria, o establecer cualquier principio general aplicable a todos los casos...”

⁶³⁸ Vid. BERCOVITZ, Alberto, “Límites al derecho de autor”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Págs. 87 y 88.

2. LOS LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 31 A 40 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como ya ha quedado establecido en los apartados anteriores, “cabe que determinadas obras del espíritu, en determinados supuestos y circunstancias, sean reproducidas, transformadas, distribuidas o comunicadas al público por terceros, sin que medie ni se requiera autorización del autor de las mismas, a tales efectos. Excepcionalmente, pues, tales actuaciones de los terceros son lícitas y no constituyen, por consiguiente *infracciones* de los derechos de los autores penadas por la Ley.”⁶³⁹

Y es que, según lo dispuesto en el artículo 17 del TRLPI, las actividades de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que constituyen el contenido de los derechos de explotación que se atribuyen en exclusiva al autor, “*no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley*”. Asimismo, el artículo 2 del referido cuerpo normativo señala que “*la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*”.

Estos límites a los que se refiere el TRLPI en las disposiciones referidas, vienen establecidos en sus artículos 31 a 40 que, como hemos visto, se trata básicamente de límites al derecho patrimonial, y se entiende que las utilizaciones que se lleven a cabo a raíz de tales artículos deberán respetar los derechos morales. Como adelantáramos en apartados anteriores, y como bien apunta BERCOVITZ, G., estos límites deben distinguirse de los supuestos en que sencillamente la protección de la obra no tiene ese

⁶³⁹ ROGEL VIDE, Carlos, “De los límites a las infracciones del derecho de autor en España”, en *Estudios sobre propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 1995, Págs. 143 y 144.

alcance o fuerza. Concretamente, si lo tomado es solamente la información (las ideas en sentido estricto, con las matizaciones que hemos visto, no se protegen);⁶⁴⁰ si lo tomado no es suficientemente original en sí mismo, etc. En los casos contemplados en los artículos 31 y siguientes del TRLPI, se cumplirían los requisitos de tutela, pero ésta es exceptuada en razón de circunstancias específicas externas a la obra en sí. Son derogaciones singulares exigidas, por lo general, por la vida social, las necesidades de información, la libertad de expresión, etc.⁶⁴¹

Debemos destacar que con la transposición de la Directiva 2001/29 (DDASI) a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, algunas de las limitaciones previstas en los artículos 31 a 40 del TRLPI se vieron modificados por dicha Ley.

Según señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, la lectura del artículo 5º de la referida Directiva pone de relieve las dificultades que el legislador comunitario encontró a la hora de homogeneizar en el mercado interior las excepciones y limitaciones a los derechos de propiedad intelectual. Por ello renunció a dicha homogeneización en la medida en que el mencionado precepto deja márgenes muy amplios para que los Estados miembros decidan transponer o no, y en mayor o menor medida, las posibles excepciones y limitaciones que se enumeran en el mismo. En este sentido, el legislador español ha optado por no agotar las posibilidades de nuevas excepciones o limitaciones que brinda la Directiva. Básicamente ha seguido en este punto un criterio conservador, manteniendo las excepciones ya existentes, con algunos cambios más o menos afortunados, e introduciendo únicamente algunos supuestos de excepción. Prueba de lo

⁶⁴⁰ En efecto, decimos esto en sentido general y con las debidas matizaciones, ya que, como se ha visto anteriormente aunque suene un poco arriesgado, debemos admitir que, en ciertos casos, el contenido mismo de la obra y no sólo su forma de expresión deberá ser también protegido. Vid. Supra. Capítulo II, Apartado 2.2.-Elementos susceptibles de protección de la obra preexistente, Págs. 116 y siguientes.

⁶⁴¹ BERCOVITZ, Germán, “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 102.

dicho resulta de la lectura de los apartados 2.a) y 3.i), j), l) y m) del artículo 5 de la Directiva, que han quedado excluidos del elenco de límites a los derechos de propiedad intelectual admitidos por nuestra Ley.⁶⁴² Tampoco se ha transpuesto la regla de los tres pasos, que se recoge expresamente en el artículo 5.5º de la Directiva como medida de moderación a la hora de entender (y consecuentemente también de transponer) las limitaciones o excepciones del artículo 5º, ya que esa regla se incorporó con carácter general en el artículo 40 bis del TRLPI al transponer la Directiva 96/9 (artículo 6º.3).⁶⁴³

Una vez apuntado lo anterior, destacar que, lógicamente, en este estudio, cada vez que hagamos referencia a cualquiera de los límites a los derechos de autor lo haremos conforme a la redacción actual dada por la Ley 23/2006. Además, es preciso destacar que, en particular, el artículo 37 lleva la redacción dada por la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas.

A continuación, dedicaremos a modo de apunte unas breves líneas a cada uno de estos límites con excepción hecha del relativo a las discapacidades, al de obras situadas en las vías públicas, a la cita y a la parodia, que por afectar éstos al derecho de transformación nos referiremos a ellos con mayor profundidad más adelante.

⁶⁴² A estos efectos, los referidos preceptos de la Directiva rezan de la manera siguiente:

2. “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción...: **a)** en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo o proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.”

3. “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos [de reproducción, comunicación pública y puesta a disposición]...en los siguientes casos: ...**i)** cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material; **j)** cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulta necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;... **l)** cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos; **m)** cuando se usa una obra de arte en forma de edificio o dibujo plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio.”

⁶⁴³ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Capítulo II: Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual”, en BERCOVITZ, Rodrigo, GARROTE, Ignacio, GONZÁLEZ, Alfonso y SÁNCHEZ, Rafael, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Págs. 38 y 39.

- a) **Reproducciones provisionales**: El primer apartado del artículo 31 del TRLPI exonera de autorización por parte del autor a ciertas reproducciones provisionales que son “típicas” de cualquier protocolo de transmisión digital (copias efímeras, copias caché, etc.).⁶⁴⁴
- b) **Copia Privada**: El artículo 31.2 del TRLPI permite la reproducción de las obras divulgadas para uso privado del copista y siempre que se haya accedido al ejemplar de la obra de forma lícita y que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Evidentemente, lo único que se permite es la reproducción; ya que cualquier otro tipo de utilización de la copia exigiría la correspondiente autorización del titular de derechos correspondiente.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Vid. MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 31”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Pág. 238. Ahora bien, según BERCOVITZ, Rodrigo, GARROTE, Ignacio, GONZÁLEZ, Alfonso y SÁNCHEZ, Rafael, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Págs. 41 y 42, dentro de las reproducciones temporales es preciso distinguir tres situaciones distintas. Un primer grupo lo componen las copias ‘efímeras’, ‘técnicas’ o ‘intermedias’, que son las que se producen en los ordenadores intermedios de Internet durante el proceso de transmisión de las obras desde un punto a otro. El segundo grupo son las reproducciones en memoria RAM, que se producen en el ordenador del usuario cuando éste está visualizando u oyendo una obra o prestación protegida en la pantalla o mediante los altavoces de su ordenador mientras navega por Internet. Estas ‘copias RAM’ se borran tan pronto como la obra desaparece de la pantalla o se apaga el ordenador. Y por último, tenemos las reproducciones derivadas del fenómeno del *caching* (copias caché). Esto último, se trata de reproducciones completas de las páginas y sitios Web que se almacenan para hacer llegar al usuario las obras de un modo más rápido, sin tener que ‘pedirlas’ al servidor donde residen originalmente.

⁶⁴⁵ Esta disposición guarda una estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 25.7.d) del TRLPI cuando al respecto establece lo siguiente: “Asimismo, el Gobierno, mediante real decreto, podrá establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única [por copia privada] cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2.” Por lo demás, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 629/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de junio de 2007, viene a establecer las razones que justifican la existencia de esta norma, cuando al respecto establece que: “El artículo 31.2 TRLPI, como hemos visto, no exige en los supuestos de copia privada la autorización del autor. Se trata de un límite a los derechos de exclusiva de los autores que se ha justificado tanto por argumentos relacionados con el interés social de la creación intelectual, como por argumentos económicos (elevados costes del control) o incluso pragmáticos (inutilidad de prohibir y sancionar la copia privada). Una interpretación del precepto citado con arreglo a la realidad social (artículo 3.1 CC) pone de manifiesto que mediante él se trata de controlar un mercado de reproducción de obras de carácter atípico, por cuanto no surge de la conjugación clásica de los mecanismos de la oferta y la demanda, sino que es consecuencia de la puesta a disposición de un gran número de usuarios, por su bajo coste relativo, de aparatos de reproducción de gran rendimiento, el cual aconseja conciliar la admisión de la copia privada dentro de unos estrictos límites con el respeto a los derechos de autor.”

- c) **Seguridad y procedimientos oficiales**: El artículo 31 bis) viene a establecer que no es necesaria autorización del autor para reproducir, distribuir o comunicar públicamente una obra: (i) cuando ello se haga con fines de seguridad pública o para el desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios.⁶⁴⁶
- d) **Ilustración de la enseñanza**: El artículo 32.2 del TRLPI establece que no necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas.⁶⁴⁷
- e) **Trabajos sobre temas de actualidad**: el artículo 33.1 del TRLPI establece una excepción a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública

⁶⁴⁶ A este respecto, conviene tener en cuenta el apunte de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Capítulo II: Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual” en BERCOVITZ, Rodrigo, GARROTE, Ignacio, GONZÁLEZ, Alfonso y SÁNCHEZ, Rafael, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Pág. 50, que al efecto establece lo siguiente: “La Ley 23/2006 ha trasladado a un nuevo artículo 31 bis) del TRLPI, bajo el epígrafe de *Seguridad, procedimientos oficiales y discapacidades*, los límites anteriormente regulados en el artículo 31.1º y 3º. Se corresponden estos límites con el artículo 5º.3.b) y e) y con el artículo 5º.4 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DDASI). Ello implica que se ha pasado de un límite al derecho de reproducción a un límite a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, cuya amplitud se adecua mejor a las necesidades que derivan de los supuestos contemplados, tanto en los casos de procedimientos oficiales (incluyendo la seguridad pública) como en los casos de discapacitados.”

⁶⁴⁷ En lo relativo al requerimiento específico que hace la Ley de que las actividades educativas se desarrollen dentro del aula, es interesante la opinión de MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 32”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Págs. 262 y 263, quien a este respecto establece lo siguiente: “También esta especificación es ajena al texto de la Directiva. Y, de hecho, el considerando 42 de la norma europea da a entender que el artículo 5 de la Directiva pensaba tanto en la educación presencial como en la realizada a distancia. Y, teniendo en cuenta la realidad social y tecnológica, resulta bastante difícil entender que en el año 2006, el legislador sólo piense en el aula física y obvie la virtual, por ejemplo. Por todo ello, atendiendo tanto al espíritu de la norma como al criterio histórico a lo que se refiere el artículo 3 del Código civil, me parece que sólo una interpretación amplia de esta expresión satisface la función del límite diseñado.”

en la medida en que las obras así explotadas sean trabajos y artículos sobre temas de actualidad por los medios de comunicación social, salvo que medie la reserva de derechos por parte del titular de los derechos y sin perjuicio de éste último a percibir una remuneración equitativa.⁶⁴⁸

- f) **Utilización de bases de datos por el usuario legítimo y limitaciones a los derechos de explotación del titular de una base de datos:** El artículo 34 del TRLPI viene a establecer que el contenido del derecho de explotación del autor de una base de datos que haya sido divulgada no impide que el usuario legítimo de la misma pueda: 1) realizar todos los actos necesarios para acceder al contenido de la base de datos; 2) reproducir, con fines privados, una base de datos que no sea electrónica; 3) utilizar dicha base con fines de enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a cabo en la medida justificada por su objetivo no comercial e indicando su fuente; y 4) utilizarla con fines de seguridad pública o para su constancia en un procedimiento administrativo o judicial.⁶⁴⁹
- g) **Utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad:** El artículo 35 del TRLPI permite que cualquier obra susceptible de ser vista u oída

⁶⁴⁸ Según BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 33” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 174 y 175, sólo es libre la utilización por otros medios de comunicación social, no debiendo entenderse que los trabajos difundidos por medios de comunicación escritos sólo pueden ser utilizados por otros de carácter escrito, o que los radiodifundidos sólo por otros de la misma naturaleza. Un artículo periodístico puede ser leído por una empresa de radiodifusión y a la inversa. Los medios de comunicación social pueden ser tanto de naturaleza escrita, como de carácter visual o sonoro, ya sea el medio de difusión por hilo o por ondas; y tanto de titularidad pública como privada.

⁶⁴⁹ Según MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 34”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Págs. 279 a 281, el ámbito de aplicación de este artículo 34 se reduce a las bases de datos que puedan considerarse obra. Aquellas no originales gozan de su propio régimen de protección (derecho *suis generis*), y de su propio sistema de límites, que, si bien coinciden parcialmente con lo dispuesto en el artículo 34, no lo hacen en su totalidad, como corresponde a la diversa naturaleza del objeto, y, por tanto, a la tutela que es razonable que le preste el derecho de autor. Por lo demás, es importante señalar que “el legislador es taxativo imponiendo nulidad de pleno derecho de cualquier pacto en contra que pudiese aparecer en la licencia correspondiente y, por tanto, concediendo carácter imperativo a la previsión legal.

con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad pueda ser reproducida, distribuída y comunicada públicamente, sin recabar autorización por parte de su autor.⁶⁵⁰

- h) **Cable, satélite y grabaciones técnicas:** El texto del artículo 36 del TRLPI afecta a las modalidades que vienen establecidas en las letras c), d) y e) del segundo apartado del artículo 20 del TRLPI.⁶⁵¹
- i) **Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos:** En atención al interés general en la difusión de información y el acceso a la cultura que proclaman los artículos 20 y 44 de la Constitución española, el artículo 37 del TRLPI permite, bajo ciertas condiciones, que se lleven a cabo las actividades de reproducción, préstamo y puesta a disposición del público de obras sin autorización, siempre

⁶⁵⁰ Entre los intereses sociales presentes en las limitaciones legales a los derechos de autor, se halla la protección del derecho constitucional a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio y este artículo se funda en gran parte precisamente en ello. Según ESPÍN, Eduardo, “Lección 12: Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información” en LÓPEZ, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCÍA, Joaquín, PÉREZ, Pablo, SATRÚSTEGUI, Miguel, *Derecho Constitucional – Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, Págs. 289 a 306, el artículo 20 de la Constitución ha formulado como derecho autónomo dentro de la libertad de expresión el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, que posee un contenido múltiple y al cual, de acuerdo con gran parte de la doctrina y práctica comparada, denominaremos libertad de información. El derecho a difundir libremente información veraz comprende asimismo el derecho a la búsqueda y obtención de información. Resulta obvio que no puede difundirse información sin haberla previamente recolectado, por lo que esta búsqueda y obtención de información ha de considerarse un derecho implícito en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española, aunque éste tan sólo mencione expresamente la difusión de información. Asimismo, dentro de este derecho se encierra el derecho a la creación de medios de comunicación el cual deriva, en el ordenamiento español, del propio tenor literal del artículo 20.1.a) y d) de la Constitución, ya que la difusión de opiniones e información requiere medios de comunicación, y la creación de éstos puede considerarse, por tanto, como un momento instrumental de las libertades de expresión e información.

⁶⁵¹ Este límite resulta del todo complejo, ya que implica un amplio conocimiento tecnológico. A este respecto, según apunta PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, Carmen, “Comentario al artículo 36” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 640, “no es el artículo 36 de la Ley de Propiedad Intelectual un precepto que propicie un comentario fácil. La primera tarea que incumbe al intérprete es la de precisar el contenido de una serie de conceptos de carácter técnico, que se sitúan bastante alejados del ámbito en el que se mueve la actividad del jurista, pero que, sin embargo, resultan esenciales para la comprensión del significado de la norma.”

que se realicen en instituciones que cumplen labores de carácter cultural o científico.⁶⁵²

- j) **Actos oficiales y ceremonias religiosas:** El límite establecido en el artículo 38 del TRLPI es el único que afecta de forma exclusiva a las obras musicales y del referido texto se desprende que el compositor de la música que se ejecute en actos oficiales y ceremonias religiosas en las condiciones que en dicho precepto se expresan, no podrá impedir la comunicación pública que así se lleve a cabo, ni podrá reclamar una remuneración por tal hecho.⁶⁵³
- k) **Tutela del derecho de acceso a la cultura:** cuando los derechohabientes no divulgasen una obra inédita en perjuicio del acceso a la cultura de los ciudadanos, las instituciones que aparecen mencionadas en el artículo 40 del

⁶⁵² El artículo 37 del TRLPI es uno de los preceptos modificados por la Ley 23/2006 y que además, más tarde, fue objeto de modificación por la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas (Boletín Oficial del Estado número 150 de 23 de junio de 2007). Por otra parte, nótese que el párrafo primero de este artículo procede, casi íntegramente, de la redacción de la ley de propiedad intelectual de 1987. El segundo, referido a la excepción de préstamo público, es fruto de la refundición de 1996 y es el que modifica la referida Ley del Libro, agregándole tres nuevos párrafos. Y, por último, su actual párrafo tercero es lo que introduce la ley de 2006, incorporando la excepción del artículo 5.3.n de la Directiva 2001/29.

⁶⁵³ A nuestro juicio, resulta especialmente grave el que el autor tenga que soportar que su obra sea explotada libremente en determinados actos solemnes de la administración o en ceremonias religiosas aún cuando no comparta la ideología de tales actos. En estos casos, la doctrina sostiene que la vía más apropiada para evitar que la obra musical sea interpretada en actos o ceremonias contrarios a las ideas del compositor es el ejercicio del derecho moral a la integridad de la obra, ya que situar la obra en un contexto distinto al elegido por el autor puede considerarse un atentado a la misma capaz de causar un perjuicio a sus legítimos intereses o un menoscabo de su reputación. Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, “La ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales y religiosos”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites a los derechos de autor*, REUS, Madrid, 2006, Págs. 258 a 262. Y es que este límite, más que una excepción, parece más bien tratarse de un injusto ataque al derecho de comunicación pública de los autores de obras musicales. Como bien sostiene BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 38”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 191, ya puestos a liberalizar caprichosamente la utilización de obras por motivos oficiales, gubernamentales o sacros, no se aprecia ninguna razón para circunscribirla solamente a las obras musicales. Las obras literarias o las plásticas, las coreografías y pantomimas, también se podrían utilizar, mediante su reproducción o ejecución, en los actos oficiales y ceremonias religiosas pues, ciertamente, ocasiones no faltan. Del mismo modo, y visto desde el punto de vista opuesto, se debería permitir entonces también la libre reproducción, distribución y comunicación pública de los sermones pronunciados en las ceremonias religiosas o de los discursos pronunciados en actos oficiales del Estado o de la Administración desarrollados fuera de las sesiones parlamentarias o de las corporaciones públicas, sin autorización de su autor o titular de los derechos y sin necesidad de que sea para informar sobre actualidad ni de que se lleve a cabo por los medios de comunicación social.

TRLPI, así como cualquier otra persona que tenga un interés legítimo, podrán dirigirse al juez para que ordene las medidas adecuadas.⁶⁵⁴

En definitiva, como hemos dicho, en los casos contemplados en los artículos 31 y siguientes del TRLPI, la tutela de la obra procedería, pero es exceptuada en razón de circunstancias específicas externas a la obra en sí. Se trata de derogaciones singulares exigidas por la vida social, las necesidades de información y la libertad de creación, entre otros factores.⁶⁵⁵

3. LÍMITES QUE AFECTAN AL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN

A simple vista, la existencia de límites al derecho de transformación puede parecer un tanto llamativa, dado que mediante el ejercicio de este derecho se da lugar al nacimiento de una obra derivada, susceptible de una explotación independiente respecto de la de aquella obra de la que deriva. Sin embargo, como bien apunta SÁNCHEZ ARISTI, los límites al derecho de transformación se encuentran tal vez entre los más justificables, ya que no debe olvidarse que el sujeto que lleva a cabo una transformación es, también él, un autor. Así pues, en principio, los límites al derecho de transformación no perseguirían tanto favorecer un interés general, cifrado en que los derechos de autor no supongan un obstáculo a la difusión cultural, la promoción de la investigación, o la libertad informativa, si no más bien otorgar a los potenciales creadores la posibilidad de

⁶⁵⁴ Según apunta RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al artículo 40”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Pág. 330, este artículo aparece, por vez primera, en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 y su redacción no ha variado en ninguna de sus versiones posteriores, ya que el mismo se ocupa de uno de los conflictos de intereses consustanciales al derecho de propiedad intelectual, esto es, el generado por la colisión entre el interés de la colectividad en acceder a la cultura y el interés de los herederos del autor en resguardar su poder de decisión sobre el destino de la obra.

⁶⁵⁵ Vid. BERCOVITZ, Germán, “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos: Introducción”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 102.

servirse de obras preexistentes protegidas, sobre las cuales basar sus propias creaciones.⁶⁵⁶ A nuestro juicio, los indicados casos en los que el derecho de transformación se ve en cierta forma limitado son el relativo a la cita, a la parodia y el caso especial de los programas de ordenador. Además, nos parece interesante incluir igualmente dentro de este grupo al límite referente a las discapacidades y el relativo a las obras situadas en vías públicas por guardar éstos una estrecha relación con el derecho de transformación. Todas estas figuras, pasaremos a estudiarlas a continuación.

3.1. Discapacidades

El segundo apartado del artículo 31 bis) del TRLPI establece literalmente lo siguiente:

“2.- Tampoco necesitan autorización los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige.”⁶⁵⁷

La justificación de este límite no requiere especial comentario dada su obviedad. A este respecto sólo nos limitaremos a establecer que, además de lo evidente, este límite goza del respaldo de los artículos 44.1 y 49 de la Constitución española. Es preciso destacar, no obstante, que antes de la entrada en vigor de la Ley 23/2006 esta norma estaba

⁶⁵⁶ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 541.

⁶⁵⁷ Esta disposición guarda relación con lo establecido en el artículo 161.1.c) del TRLPI que establece lo siguiente: “1. Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes: [...] b) Límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis.”

comprendida en el artículo 31.3º del TRLPI, pero se refería únicamente a los invidentes, y consecuentemente circunscribía el límite a la utilización del “sistema Braille u otro procedimiento específico”. Así pues, es evidente que ahora se ha ampliado el círculo de beneficiarios y se ha extendido el ámbito de utilización incluyendo, además de la reproducción, a la distribución y a la comunicación pública. Además, ahora, el artículo 31 bis) apartado 2, copiando el artículo 5º.3.b) de la Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DDASI) habla de actos que “guarden una relación directa con la discapacidad⁶⁵⁸ de que se trate”, y que se “limiten a lo que ésta exige”.

Por otra parte, según indica BONDÍA ROMÁN, esta limitación no sólo abarca al derecho de reproducción sino que cubre también implícitamente al derecho de transformación, pues el llevar la obra al sistema Braille⁶⁵⁹ o bien a lengua de signos no

⁶⁵⁸ En opinión de MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 31 bis”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Pág. 251, “el término utilizado (‘discapacidad’) es llamativo, en tanto que su concreción no se alcanza de modo muy intuitivo. En el ámbito civil, el término más clásico para aludir a obstáculos físicos o psíquicos que dificultan el desarrollo normal de la persona, es de la incapacidad, bien de hecho, bien declarada judicialmente. Mucho más reciente es la alusión a los ‘discapacitados’ (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad), aunque las restricciones para su apreciación allí establecidas, no puede afirmarse que coincidan con las que interesen al artículo 31 bis sin más argumentos. De hecho, en mi opinión, no es así, a juzgar por la directriz que supone el Considerando 43 de la Directiva 2001/29 y que apunta a una discapacidad bastante más genérica. En él se lee que ‘es importante, en cualquier caso, que los Estados miembros adopten todas las medidas pertinentes para favorecer el acceso a las obras a quienes sufran una minusvalía que constituya un obstáculo a la utilización de las obras en sí mismas, prestando especial atención a los formatos accesibles.’ Creo, en todo caso, que hubiera sido deseable una terminología jurídica más estricta o, al menos, la referencia para apreciar la discapacidad que sirve a los fines del artículo 31 bis.” A nuestro juicio, entendemos que al parecer la referida autora está confundiendo un poco lo que es una minusvalía física o mental con el concepto civil de incapacidad. Y es que, en nuestra opinión, no por el hecho de padecer una minusvalía quiere decir ello que la persona de que se trate sea en sí mismo incapaz en el sentido de impedirle gobernarse por sí mismo como se desprende del artículo 1263 del Código Civil. Y esto ha quedado ya claramente respaldado por la jurisprudencia, según se aprecia en la Sentencia núm. 562/2002 de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de julio, que, al efecto, viene a establecer lo siguiente: “...es evidente que nada impide a una persona sorda o muda, o ciega el autogobierno de su persona y bienes de forma plena, únicamente podrá solicitarse la incapacidad total o parcial cuando carezca de potencialidad intelectual para desarrollarse con el mundo que le rodea... Estos antecedentes nos llevan a establecer como premisa que no puede asociarse sordomudez e incapacidad...”

⁶⁵⁹ Nótese, sin embargo, que para algunos autores como RIBERA BLANES, Begoña, *El derecho de reproducción del autor y sus límites*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Alicante, 2002, Pág. 338, el alfabeto Braille no es un idioma sino un código, cuyas particularidades y

deja de ser una transformación (traducción) de la obra. Asimismo, el derecho de transformación se ve implicado cuando es necesario reproducir y adaptar las obras para que los disminuidos psíquicos puedan acceder a ellas.⁶⁶⁰

A nuestro juicio, la opinión del referido autor no puede ser más acertada. Ciertamente es que llevar una obra a cualquier otra lengua, dialecto o forma de comunicación similar constituye, desde luego, un acto de transformación que da como resultado una obra derivada. Ahora bien, no podemos pasar alto el principio que hemos ido destacando de forma reiterada a lo largo de este estudio, esto es, que las normas limitativas de derechos deben interpretarse de forma rigurosamente restrictiva. De manera, que si nos ceñimos al tenor literal del segundo apartado del artículo 31 bis nos encontramos con que los únicos derechos que aparentemente se encuentran limitados son, como hemos visto, los de reproducción, distribución y comunicación pública.

Así pues, interpretando la norma restrictivamente todo parece indicar que para llevar a cabo la transformación de la obra sería necesario recabar la autorización del titular de derechos correspondiente y lo que estaría exento de autorización sería, pues, la posterior explotación de la obra derivada resultado de la transformación. Esta interpretación serviría para respaldar la teoría que hasta ahora hemos venido sosteniendo a lo largo de este estudio de que cuando hablamos de transformación, en realidad, necesitaremos

sintaxis serán las mismas que para los caracteres visuales. De este modo, según la referida autora, la persona que realiza la conversión de un texto a este código no está realizando realmente una traducción; ya que esto último siempre implica una aportación personal importante por parte de la persona que la realiza y la conversión de una obra a este sistema constituye una mera actividad mecánica.

⁶⁶⁰ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 31” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 169. A este respecto, MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 31 bis”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Pág. 251, se plantea esta posibilidad, pero deja abierta la pregunta sin mostrar una respuesta concreta al respecto. Así, la referida autora dice lo siguiente: “Respecto a los actos de utilización que son objeto del artículo 31 bis, es cuestionable si incluye utilidades no previstas en la excepción pero sí en la delimitación de los fines del precepto. Esto es la traslación a Braille, la conversión en archivo acústico...¿no constituyen una auténtica transformación de la obra, más allá de la reproducción?”

recabar dos autorizaciones distintas: una para transformar y otra distinta para la explotación de los resultados.

No obstante, probablemente no faltaría quien interpretarse este aspecto en el sentido contrario, es decir, entendiendo que como, para gran parte de la doctrina, el acto en sí mismo de transformar no es constitutivo de violación de derechos de autor, sino más bien su posterior explotación, pues que no era necesario que la Ley lo estableciera expresamente. En todo caso, a nuestro juicio, esta interpretación no sería correcta, toda vez que el apartado 2 del artículo 31bis se refiere a la previa divulgación de las obras, y evidentemente, debemos partir de la base de que se trata de obras *lícitamente* divulgadas, de manera que no parece que podamos incluir aquí obras transformadas de las que el autor de la obra preexistente no tenga conocimiento. Así pues, según el sentido propio de las palabras de la norma que aquí comentamos, todo parece indicar que el derecho de transformación no es uno de los derechos limitados por el artículo en cuestión.

Ahora bien, visto de esta manera, bien es cierto que esta disposición para algunos casos concretos parece alejarse bastante del fin perseguido, por lo que, para que sea coherente del todo, lo lógico sería entender que la misma limita igualmente al derecho de transformación. No obstante, a falta de desarrollo jurisprudencial al respecto, sólo nos queda esperar a que se generen pronunciamientos de este tipo y, en su defecto, abogar por un cambio en la legislación que aclare el panorama.

3.2. *Obras situadas en vías públicas*

El segundo párrafo del artículo 35 del TRLPI, establece literalmente lo siguiente:

“2. Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales.”

De esta manera, el referido artículo dispone que el hecho de que una obra se halle situada permanentemente en un lugar público constituye una forma de exposición de la misma orientada a poner al alcance de todos los individuos su contenido intelectual. De esta manera, sin que necesariamente la obra forme parte del dominio público, “la creación intelectual deja de tener el carácter reservado que, en favor de su propietario, tiene de ordinario, en virtud de un acto de colocación o emplazamiento llevado a cabo por éste, que normalmente será la autoridad municipal bajo cuya jurisdicción se encuentra el lugar público en que la obra se acomoda.”⁶⁶¹ En otras palabras, como bien apunta BONDÍA ROMÁN, si las obras están situadas permanentemente en las vías públicas será porque el autor así lo ha decidido, con la correspondiente autorización de la Administración competente; o porque el propietario del original así lo ha dispuesto, en el caso de que el autor no se hubiese reservado el derecho de exposición.⁶⁶²

⁶⁶¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Comentario al artículo 35”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 554.

⁶⁶² Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 35”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 182. Sobre esta última idea relativa al derecho de exposición el artículo 56.2 del TRLPI establece lo siguiente: “No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación personal.” Como bien indica ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 310, “Están comprendidas en este artículo, las obras situadas permanentemente en parques, aunque los mismos se cierran durante determinadas horas, cual sucede, pongo por caso, con el Parque del Retiro o del Antiguo Museo Español de Arte Contemporáneo – ambos en Madrid-. Los dos están abiertos en horas normales, no se paga entrada por acceder a ellos ni hay dificultad alguna en reproducir fotográficamente las esculturas –muy buenas y numerosas, amén de modernas- que en ellos hay.”

“Las obras afectadas por el límite son todas y de cualquier tipo, estén o no destinadas, naturalmente a la colocación en una vía pública de las que habla la Ley (por ejemplo, un carro, que, finalmente es restaurado y colocado en un parque o plaza, como emblema en honor de todos los carreteros del pueblo). No obstante, es lógico entender que, en su mayoría estaremos hablando de obras plásticas o escultóricas. Incluso, creo que debería añadirse al elenco la discutida categoría de las llamadas obras arquitectónicas.”⁶⁶³

En lo referente a este último tipo de obras, el artículo 10 del TRLPI establece un listado no exhaustivo de las obras que se entienden protegidas por el manto de los derechos de autor, entre las que se alude a los planos, proyectos, diseños y maquetas de obras arquitectónicas. Así, vemos que el TRLPI no prevé ningún tipo de especialidad para esta clase de obras, así que serán de aplicación los requisitos que se exigen en general para todas las *creaciones literarias, artísticas o científicas*. Esto es, que se trate de una creación original de tipo intelectual, exteriorizada o expresada en cualquier soporte material tangible o intangible.

En lo que respecta al requisito de la originalidad, la doctrina más autorizada se ha encargado de establecer que *las obras arquitectónicas deben ser consideradas como obras protegidas cuando tengan un grado de originalidad suficiente*,⁶⁶⁴ presupuesto aplicado uniformemente por los tribunales españoles. Luego, las obras arquitectónicas han de poseer cierta altura creativa que las diferencie de las demás obras de su misma clase.

⁶⁶³ MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 35”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Págs. 292 y 293. Comparte esta opinión PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, “Comentario al artículo 35”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 635.

⁶⁶⁴ Vid. por todos, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1.997, Pág. 186.

Ahora bien, dentro del concepto de obra arquitectónica se distingue entre una primera fase de elaboración del proyecto y de los planos y otra segunda que consiste en la obra construida en sí misma considerada. La doctrina mayoritaria entiende que la legislación de propiedad intelectual protege ambos momentos del proceso de creación de la obra arquitectónica. En efecto, si bien el artículo 10.1.f) del TRLPI se refiere únicamente a *los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas*, la doctrina es prácticamente unánime en afirmar que el elenco de obras enumeradas en el citado artículo no es exhaustivo ni limitativo, sino que se trata de una ejemplificación del concepto general de obra susceptible de protección dado en el propio artículo 10 del TRLPI.⁶⁶⁵ Además, el artículo 2.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1.971, ratificado por España el 2 de julio de 1.973, dispone que los términos “obras literarias y artísticas” comprenden, entre otras, las

⁶⁶⁵ En tal sentido se pronunció el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en su Sentencia núm. 543/2007, de 23 de noviembre, en la cual afirma que *“la norma no ha establecido un sistema de numerus clausus, sino que deja abierta la posibilidad de protección a cualquier creación artística que por su originalidad la merezca. [...] Esta forma de describir un concepto jurídico no es excepcional en nuestro ordenamiento; se da una definición genérica, y se enumeran diversas posibilidades que quedarían comprendidas en aquéllas, lo que no impide que otros supuestos que el legislador dejó de prever no tengan cabida.”* En este mismo sentido se expresa CASAS VALLÈS, Ramón, “Obra arquitectónica y derecho de autor: el caso Calatrava”, Revista Pe.I. número 27, Bercal, Madrid, septiembre-diciembre 2007, Págs. 77 y 78, cuando a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 23 de noviembre de 2007, viene a establecer lo siguiente: *“La Ley española, como tantas otras, protege ‘todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte’ (artículo 10.1 supra TRLPI). A esta declaración se añade un largo listado ejemplificativo y, por tanto, abierto. En el figuran ‘los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería’ [art. 10.1,f) TRLPI]. Este hecho permitió a los demandados alegar que el Zubi Zuri no era una obra protegida. Señalaban en este sentido que, durante la tramitación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (base del vigente Texto Refundido de 1996), no prosperó la propuesta de incluir una referencia expresa a los edificios y construcciones, además de la que ya se hacía a sus planos y proyectos. Este hecho es cierto. Pero su invocación resultaba incorrecta y desviada. La propuesta no se rechazó por entender que una construcción no puede ser objeto de propiedad intelectual. Simplemente, los parlamentarios, conscientes de hallarse ante una problemática específica, optaron por rehuirla sin pronunciarse. La sentencia es muy clara en este punto: ‘En el Congreso de los Diputados no se vota, y en el Senado se rechaza [la enmienda para incluir edificios y otras construcciones en el listado ejemplificativo] no porque se considere que la obra arquitectónica no deba ser protegida, sino porque se considera que tiene que ser una futura ‘ley de edificación’ la que regule esta materia específicamente’ (FD, 4º). En consecuencia, si una construcción está o no sujeta a derechos de autor es algo que debe resolverse en aplicación de las reglas generales, que, desde luego, no cierran la puerta a una eventual respuesta afirmativa. Bastará con que la construcción –el puente, en nuestro caso– sea una expresión formal original de la creatividad humana. Esta es una opinión unánime en la doctrina española. Y es casi seguro que los propios demandados –o al menos sus Letrados– eran conscientes de ello.”*

obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado y litografía. Dada la generalidad del término “arquitectura” utilizado, se ha interpretado igualmente que se entienden incluidas ambas fases de creación de la obra arquitectónica.⁶⁶⁶

Así pues, queda claro que la protección también abarca a la obra una vez edificada. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el que lleva a cabo la construcción y dirección de la obra no ha de coincidir necesariamente con el autor de los proyectos y diseños iniciales, la pregunta que surge inevitablemente es si estos dos momentos constituyen la creación de una misma obra o si, por el contrario, se trata de dos obras distintas. A este respecto, RODRIGUEZ TAPIA⁶⁶⁷ distingue entre los derechos de autor sobre el plano de los del arquitecto sobre el edificio, pues dice que el plano y la obra son cosas distintas, ya que *mientras la creación de diseño arquitectónico es libérrima, la construcción del edificio está regida por leyes de física, economía y de normativa urbanística aplicable según el caso y el lugar.* De acuerdo con dicho razonamiento, se puede afirmar que la construcción es obra derivada del proyecto y/o diseño inicial. Luego, se trataría de dos obras diferentes con protección independiente, aunque la

⁶⁶⁶ Hay además otras posturas doctrinales muy diversas que justifican la protección de la obra arquitectónica ya acabada, además de la de subsumirla en el concepto general de obra protegible recogido en el artículo 10 TRLPI. Una de tales posturas doctrinales es la sostenida por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1.997, Pág. 185-187, quien afirma que la obra arquitectónica puede ser considerada una obra plástica aplicada, la cual se prevé en el artículo 10.1.e) TRLPI. Tal postura es objeto de amparo jurisprudencial y tal es la argumentación sostenida, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara núm. 56/2003, de 13 de octubre, y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 147/2006, de 28 de marzo.

Otro sector de la doctrina, que también cuenta con el apoyo jurisprudencial, considera que si se protegen los proyectos, maquetas y los diseños iniciales, con más razón se deben proteger las obras ya acabadas, pues de lo contrario nadie podría reproducir el proyecto de otro, pero sí la construcción resultado de la ejecución del mismo, lo cual carece de toda lógica. Este argumento es el defendido, por ejemplo, en el Auto núm. 231/2007, de 26 de abril, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, cuyo fundamento de derecho primero dispone que “*el simple proyecto no puede ser protegido por el ordenamiento jurídico de forma superior que la obra arquitectónica ya realizada, cuando se trata de una simple idea pendiente de realizar, una expectativa que la norma considera digna de protección pero que aún no ha adquirido su dimensión física real. La Ley no puede entenderse de modo tan restrictivo, amparando lo menos importante y dejando desprotegido lo esencial, la obra arquitectónica construida.*”

⁶⁶⁷ RODRIGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Navarra, 2.007, Págs. 102-103.

primera quede sujeta a la autorización del autor de la segunda. Ahora bien, es preciso destacar que existe otro sector de la doctrina que insiste en la necesidad de proteger las fases iniciales de la obra, pero considera que sólo habrá obra derivada cuando la ejecución de los proyectos iniciales implique *una transformación en sentido propio*.⁶⁶⁸

Es decir, que dependiendo de un sector u otro de la doctrina, la construcción de la obra arquitectónica será siempre obra derivada de sus planos y proyectos, o sólo lo será en la medida en que esa ejecución difiera de forma sustancial de dichos planos de forma que resulte una obra diferente. A pesar de que entendemos que hay formas de argumentar ambas posturas, nos parece más acertada la primera posición, esto es, la que entiende que la construcción es siempre obra derivada de los planos y proyectos. No obstante, en todo caso, en ambos supuestos, se debe contar con la autorización del autor de los planos y proyectos iniciales para realizar la ejecución y/o las modificaciones de que se trate.

Y todo esto es importante aclararlo, ya que el límite establecido en el apartado 2 del artículo 35 prevé que las obras situadas permanentemente en parques o vías públicas, una vez reproducidas, pueden ser también distribuidas y comunicadas públicamente, pero esa explotación se refiere a la obra arquitectónica ya construida, pero no a los planos y proyectos que la originaron.

Por lo demás, cabe destacar que la norma en cuestión no establece, sin embargo, ninguna referencia a la transformación de las obras de que se trate. Según lo ha venido indicado la jurisprudencia *“el artículo 35.2 de la LPI se conceptúa como un límite al derecho de autor pero dicho límite no ampara en modo alguno ni la transformación del exterior ni incluye en su protección al interior del edificio. El precepto se enmarca*

⁶⁶⁸ Vid. por todos, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1.997, Pág. 187.

*dentro de los límites de los derechos de propiedad intelectual (como derechos subjetivos de carácter patrimonial) que se justifican por la concurrencia de determinados fines dignos de protección como puede ser el interés público. De ahí que no deba admitirse una interpretación extensiva del precepto. Precisamente éste por esto último resulta obvio pues la teleología del precepto va encaminada a excluir de la tutela las obras sitas en la vía pública, y este concepto no se aviene con el interior del templo. El interior de un templo, considerado éste como obra arquitectónica susceptible de tutela por la LPI como hemos señalado anteriormente, no puede considerarse, a los efectos del precepto, cualquier otra vía pública. Tampoco el artículo permite que las obras expuestas en la vía pública puedan ser, aunque sólo afecten al exterior, transformadas o alteradas o modificadas al libre albedrío de un tercero, manteniéndose estos supuestos fuera del alcance de dicha limitación la cual, en su propio tenor literal, sólo abarca actos de reproducción, distribución o comunicación de la obra original, tal cual se presenta en la realidad. De ahí que no pueda operar esa limitación en las presentes actuaciones ni tampoco en la del derecho cita que alegó extemporáneamente la parte apelante.”*⁶⁶⁹

Así pues, en principio, parece claro que la norma no ampara más que actos de reproducción (y su posterior distribución y comunicación pública) y no de transformación, según el sentido literal del texto legal. Y además, todo indica que tal reproducción sólo puede llevarse a cabo a través de los medios a los que la norma se refiere de forma concreta, esto es: pintura, dibujo, fotografía y procedimientos audiovisuales. No obstante, como se puede claramente apreciar, el alcance de la libre utilización es bastante amplio, puesto que permite la reproducción, distribución y

⁶⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 147/2006 (Sección 15), de 28 de marzo de 2006 [AC 2006\1723].

comunicación pública sin ningún tipo de límite, de manera que el perjuicio a los derechos de autor puede ser sumamente significativo. De ahí, que este artículo sea duramente criticado por la doctrina.⁶⁷⁰

Dicho lo anterior, lo primero es que nos planteemos la posibilidad de que puede que nos hallemos ante un escenario más próximo a la transformación que a la reproducción. En el caso de la mera fotografía, parece evidente que ese no sería el caso, pero cuando se trate de obras fotográficas o de las demás obras pictóricas a las que se refiere la norma en cuestión, el tema no es tan evidente. Ante esta situación, MARTÍN SALAMANCA, se plantea la cuestión desde la siguiente perspectiva: *“¿En el caso del dibujo abstracto de una escultura no caída en el dominio público, sería preciso el permiso del autor para que yo cuelgue mi dibujo en mi Web, de acceso general y sin patrocinadores publicitarios, que tiene información variada y sugerencias de visita de mi ciudad? [...] ¿es más perniciosa para el titular esa utilización de su obra que la de quien incluye la imagen audiovisual de la misma escultura en una videoguía que se vende a los turistas que visiten la ciudad? La cuestión es difícil de resolver y existen opiniones variadas entre la doctrina. Pero, al menos, en mi opinión, no parece evidente la exclusión automática de la transformación del supuesto de hecho de la norma.”*⁶⁷¹

A nuestro juicio, la norma en sí misma se presenta lo suficiente amplia y permisiva como para frenarnos un poco a la hora de estimar a la transformación dentro de los derechos limitados sin que el referido artículo lo indique expresamente. Recordemos nuevamente que las normas limitativas de los derechos de autor, deben interpretarse en

⁶⁷⁰ En este sentido, véase por todos a PÉREZ DE ONTIVEROS, Carmen, “Comentario al artículo 35”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 633, quien, estudiando en profundidad la norma, sostiene que la amplitud de este límite va más allá de lo razonable.

⁶⁷¹ MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 35”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Págs. 294 y 295.

todo caso de forma restrictiva y no puede verse limitado el autor en más de lo que de la norma rigurosamente se desprenda.

Ahora bien, por otra parte, entender a la transformación como no incluida dentro de los derechos limitados por el artículo 35.2 del TRLPI puede resultar, a la vez, un poco discordante, toda vez que como ya se apuntara más arriba, de la fotografía, la pintura o el dibujo a partir de una obra situada permanentemente en la vía pública, lo más probable es que se genere una nueva propiedad intelectual, derivada de esta última. De esta manera, “si aceptamos que, atendiendo a una interpretación literal y estricta, no está incluido el derecho de transformación y que las pinturas, dibujos, fotografías y grabaciones audiovisuales pueden ser, según los casos, obras susceptibles de protección (obras derivadas), entonces su distribución y comunicación no podría realizarse sin la autorización del autor de la obra preexistente colocada en un lugar público. Pero si se mantiene lo anterior quedaría vacío de contenido el límite establecido o se produciría la paradoja de que se penalizaba a quienes con la pintura o fotografía realizaran una labor creativa, frente a aquellos que se limitasen a realizar una reproducción tosca y elemental.”⁶⁷² De acuerdo con lo anterior, no sin cierto recelo, entendemos que el derecho de transformación debe entenderse incluido dentro de los derechos limitados por esta norma. En todo caso, lo que está claro es que, a la luz del artículo 40 bis del TRLPI, la utilización que se haga no puede suponer un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor ni un detrimento de la explotación normal de la obra a que se refiera.⁶⁷³

⁶⁷² BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 35”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J. y BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 184.

⁶⁷³ Según MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 35”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Págs. 295, esto, evidentemente, “expulsaría del amparo del artículo 35.2 aquellos supuestos en que la utilización descrita, realizada por un tercero, entrase en concurrencia con la que el propio autor llevase a cabo.” A este respecto, cabe señalar, además, que cierto sector de la doctrina entiende que la falta de ánimo de lucro

3.3. *El caso especial de los programas de ordenador*

La necesidad técnica de reproducir o adaptar un programa en su empleo normal hará que el TRLPI establezca una excepción general a los derechos exclusivos de reproducción y transformación a favor del titular a fin de que el adquiriente legítimo pueda realizar los actos necesarios de uso con arreglo a su finalidad propuesta, incluida la corrección de errores.⁶⁷⁴

Así, el artículo 99.1º del TRLPI establece que “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100 de esta Ley, los derechos exclusivos de explotación de un programa de ordenador [...] incluirán el derecho de realizar o autorizar [...]; b) la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador [...] sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador*”; para luego añadir el artículo 100.1 que “*no necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta*”.

Como bien apunta RIVERO HERNÁNDEZ, estas normas encuentran su justificación en la frecuente necesidad de adaptación de los programas estándar a las exigencias concretas de cada usuario, y para evitar una grave dependencia funcional y económica del mismo respecto del titular del programa y tener que recurrir a su autorización para

debe configurarse jurisprudencialmente como una restricción a la libre utilización prevista en el apartado segundo del artículo 35 del TRLPI. En este sentido, véase a SERRANO FERNÁNDEZ, María, “Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del artículo 35.2 TRLPI”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 233. En contra, PÉREZ DE ONTIVEROS, Carmen, “Comentario al artículo 35”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 637.

⁶⁷⁴ Vid. GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, Antonio, *El derecho de autor en la Unión Europea*, Fundación Autor, Madrid, 2006, Pág. 67.

cada adaptación concreta.⁶⁷⁵ Y es que, “el usuario no puede no poder usar, reproducir, adaptar el programa a sus necesidades o investigar sus principios operativos para la interoperabilidad o para versiones sucesivas pues, de lo contrario, el mercado de informática y de software se hundiría: nadie querría adquirir programas de ordenador si el usuario legítimo no puede realizar actos de estricta explotación pero, a su vez, de estricta necesidad utilitaria.”⁶⁷⁶

Así las cosas, los apartados 5, 6 y 7 del citado artículo 100 del TRLPI, se refieren a la descompilación, y establecen su finalidad, alcance, requisitos y la utilización que debe hacerse de la información que de su ejercicio se obtenga. Como bien señala BONDÍA ROMÁN, la descompilación o descodificación del programa consiste básicamente en “traducirlo” desde el código objeto al código fuente, único éste que es comprensible a la mente humana y, por ende, el que permite conocer sus ideas y principios. Ello comporta la reproducción y transformación del programa, que están sometidas a la exclusiva de su titular. No obstante se exceptúa dicha exclusiva siempre que la descompilación se limite a los interfaces, que son aquellas partes del programa que permiten la interoperabilidad. Por tanto, la descompilación sólo es lícita si persigue conocer las ideas y principios de los interfaces para lograr la interoperabilidad, y siempre que concurren las rígidas condiciones marcadas tanto para su realización como para la utilización de la información así obtenida.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 431.

⁶⁷⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al artículo 100”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Págs. 548 y 549.

⁶⁷⁷ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 100”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 382. En sentido similar se expresan GÓMEZ SEGADE, José A. y BOUZA, Miguel A., “Videojuegos: Algunos problemas de Derecho de autor”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001, Págs. 86 y 87 a propósito de un tipo concreto de programas de ordenador, los programas de modificación visual, cuando establecen lo siguiente: “Para concluir,

En definitiva, vemos que, a pesar de no estar incluido dentro del listado general de disposiciones que limitan los derechos de autor, nos encontramos con que el artículo 100 del TRLPI también se constituye como un límite a los mismos (en concreto a la reproducción y a la transformación), pero sólo en lo que respecta a un tipo concreto de obra, esto es, el programa de ordenador.

3.4. *La inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas a título de cita, análisis, comentario o juicio crítico*

La cita como límite al derecho exclusivo del autor está establecida en el artículo 32 del TRLPI, que tiene su base en el apartado 1 del artículo 10 del Convenio de Berna. Ahora bien, el referido artículo del Convenio distingue entre lo que es el límite de cita, al que se refiere el apartado 1 que acabamos de mencionar, y la utilización de obras literarias o

quisiéramos hacer referencia a otro gran problema con el que se enfrentaron los tribunales de los Estados Unidos y Japón: la calificación de los programas de expansión [add-on programs] y modificación visual.

Los programas de expansión interactúan con otro programa de ordenador en la unidad central de proceso de la computadora de forma que la conjunción de ambos permite obtener resultados más satisfactorios. Así por ejemplo, las prestaciones de un programa de tratamiento de textos pueden mejorarse con la utilización conjunta de un corrector ortográfico, de tal forma que además de escribir textos, éstos pueden ser corregidos automáticamente. Pues bien, a la luz del TRLPI, debemos considerar esta actuación como lícita con independencia de que el titular del corrector ortográfico no sea el mismo que el titular del programa de tratamiento de textos.

Por el contrario, en el ámbito de los videojuegos la solución es totalmente distinta. En efecto, la utilización de programas de ordenador que interactúan en la unidad central de proceso con el programa de un videojuego, provoca una alteración de las imágenes representadas en la pantalla. Estos programas aceleran las imágenes, conceden a los personajes nuevas vidas, nuevos poderes, y permiten iniciar el juego en un momento seleccionado por el usuario y distinto del preseleccionado por el fabricante.

Pues bien, en estas situaciones, creemos que no existe una infracción de los derechos del titular del programa de ordenador, pero sí una modificación de la obra audiovisual, una transformación de la misma. Por lo tanto, con esta actuación se está violando el derecho de transformación del artículo 21 del TRLPI y también el derecho a la integridad de la obra del artículo 14.4, incluso aunque no exista menoscabo de la reputación y el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares sea mínimo.” Compartimos en gran parte la opinión de estos autores, pero no podemos estar de acuerdo con lo establecido sobre el quebrantamiento del derecho a la integridad de la obra del artículo 14.4 del TRLPI. Y es que, como ha quedado establecido anteriormente en este estudio, para que exista una vulneración de este derecho moral tienen que darse los supuestos de hecho que el mismo establece, de lo contrario, sólo podríamos hablar, en su caso, de violación del derecho de transformación.

artísticas a título de ilustración de la enseñanza, de lo que se encarga el apartado 2 del mismo artículo y que ya hemos comentado más arriba.

En lo que se refiere al límite de cita, el artículo 32.1 del TRLPI señala lo siguiente:

“1) Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

*Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente, tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.”*⁶⁷⁸

Este precepto “constituye una de las limitaciones tradicionales del derecho de autor, la cual es universalmente aceptada.”⁶⁷⁹ Se trata de un límite al derecho de reproducción y, para muchos, también al derecho de transformación, que permite la libre utilización de fragmentos de una obra preexistente para incluirlos en una obra propia, sin necesidad de recabar autorización del titular del derecho ni de remunerarle. Se trata, asimismo, de una

⁶⁷⁸ En este sentido, véase también lo establecido en los artículos 2º. Bis. 1) y 2) y 10 del Convenio de Berna.

⁶⁷⁹ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 231.

manifestación del derecho moral de paternidad, dado que, como hemos visto, debe hacerse indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Ahora bien, esa posibilidad de incluir libremente en una obra propia fragmentos de obras u obras enteras ajenas está sujeta a ciertos aspectos determinantes, que son:

1. La naturaleza y divulgación de la obra objeto de inclusión;⁶⁸⁰
2. De la extensión de la inclusión (la Ley habla de fragmentos);⁶⁸¹

⁶⁸⁰ Según SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 543, es preciso destacar que la naturaleza de una obra constituye un primer dato relevante a los efectos de determinar la medida en la que, en términos generales, podrá ser objeto de inclusión en otra obra. Así, mientras que las obras plásticas o fotográficas son susceptibles de una inclusión completa –aunque aislada–, obras como las musicales, en tanto que son “obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual”, pueden ser citadas, analizadas, comentadas o enjuiciadas críticamente, sólo de manera fragmentaria. Ahora bien, queda claro que en ambos casos se exige que se trate de obras previamente divulgadas.

En lo relativo a las obras plásticas y fotográficas, y a los propios requisitos del límite de cita, resulta interesante lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 26/2003 (Sección 14ª) de 23 de diciembre de 2003 [JUR 2004\90140] que establece lo siguiente: “*La restricción del derecho patrimonial de autor a la que hace referencia el artículo 10 de la Convención de Berna, en nuestro derecho interno se regula en el artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de cuya interpretación se extrae que es lícita la cita que podrá llevarse a cabo con o sin la voluntad del titular del derecho, cuando consista en la reproducción o inclusión en una obra propia de una obra ajena de naturaleza plástica, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) que la obra plástica incluida sea aislada, 2) que haya sido ya divulgada; 3) que se indique la fuente y el nombre de su autor; 4) que la inclusión responda a cita o análisis, comentario o juicio crítico; 5) que tenga fines docentes o de investigación; 6) que la medida de la reproducción esté justificada por su fin. Conforme a lo anterior, la inclusión de una obra plástica ajena divulgada y aislada, recibe el nombre genérico de cita en sentido amplio, pero puede presentarse en diversas manifestaciones. El precepto se refiere a un análisis, un comentario, un juicio crítico, y además, a una mera cita (en sentido estricto), pudiéndose considerar que la finalidad perseguida al reproducir en los libros las obras plásticas ajenas es la de ilustrar, complementar, aleccionar o facilitar la explicación que contiene la obra principal a la que se incorpora la ilustración. Considerando a la ilustración como el adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto, lo cierto es que una interpretación correcta del artículo 32 nos lleva a considerar que la ilustración en nuestro sistema constituye una modalidad de cita, admisible tratándose de obras plásticas y similares. En consecuencia, la cita, en sentido estricto, constituye una de las cuatro posibilidades que el artículo 32 del Texto Refundido legitima; se trata de una actividad distinta a las otras tres, por lo que por exclusión, la reproducción de una obra plástica puede ser lícita aun cuando no se analice, comente o critique la obra plástica reproducida.*”

⁶⁸¹ En este sentido, según LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 232, salvo en el caso de las obras plásticas o fotográficas que hemos mencionado anteriormente que pueden ser reproducidas en su integridad, para el resto de las obras no hay un criterio generalizado sobre la extensión máxima que debe tener la cita. La mayor parte de las legislaciones del mundo coinciden en que los fragmentos citados deben ser cortos pero, en realidad, no hay uniformidad en la forma de indicar esta condición. En la misma obra, la referida autora hace referencia al tratamiento que recibe esta figura con relación a su extensión en las distintas legislaciones. Así, establece que “la mayoría de los países se limitan a exigir que sean cortas, como Francia y Suiza, lo cual tiene el inconveniente de la imprecisión. A veces se agregan otras pautas, por ejemplo, que la cita debe ser de pasajes aislados y en la medida en que su finalidad lo requiera (Alemania, artículo 51), que deben hacerse de conformidad con los

3. De la forma en la que la misma se lleve a cabo (“a título de cita, o para su análisis, comentario o juicio crítico”);⁶⁸²
4. De la finalidad que se persiga (fin docente o de investigación);⁶⁸³ y
5. De la indicación de la fuente y nombre del autor de la obra de que se trate.⁶⁸⁴

usos y costumbres y que las justifique el fin perseguido (Dinamarca, artículo 14), o que no deben entrar en competencia desleal para el autor en cuanto al aprovechamiento pecuniario de la obra (Perú, artículo 69). En algunas leyes se dan pautas precisas acerca de la extensión admitida (Argentina, artículo 10, 1er párrafo *in fine*: ‘hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales’ [...] Yugoslavia, artículo 40.7: ‘que la totalidad de la cita no exceda de la cuarta parte de las obras afectadas’).”

⁶⁸² Según MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 32”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Navarra, 2007, Pág. 257, la cantidad de material ajeno utilizado, debe parecer coherente con un sentido ejemplificativo, demostrativo o comparativo. Véase a este respecto también el fragmento de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 26/2003 (Sección 14ª) de 23 de diciembre de 2003 [JUR 2004\90140] transcrita en la nota al pie núm. 680 más arriba.

⁶⁸³ Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 26/2003 (Sección 14ª) de 23 de diciembre de 2003 [JUR 2004\90140], *la licitud de la cita se justifica por la finalidad perseguida: la docencia o investigación. Es por ello que las inclusiones de ilustraciones relativas a obras plásticas ajenas en obras propias (como libros de texto) son lícitas siempre que se cumplan los requisitos que justifiquen dicha cita, como la causa de docencia o investigación y siempre que exista proporcionalidad del artículo 32 puesto en relación con el artículo 40 bis ambos del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Teniendo en cuenta lo expuesto, solo cabría considerar que hay intromisión en la exclusividad del autor si hubiere falta de causa, existiendo dicha falta cuando la cita no cumpla ninguna función, u obedezca a funciones distintas a las señaladas en el artículo 32 antes citado, como por ejemplo que la reproducción de una obra plástica solo tuviere fines comerciales (verbi gracia la venta en formato de «póster» de una obra pictórica), o la que cause un perjuicio injustificado o que vaya en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.*” No está de más el destacar lo que la referida Sentencia continúa estableciendo en este sentido: “Por otro lado, es interesante hacer alusión a que el actual sistema educativo exige que la docencia se imparta de forma interdisciplinar, dado que establece un sistema pedagógico que se basa en la «educación integral». Concretamente, la LOGSE y los Decretos de Currículo que desarrollan los sistemas de enseñanza de nuestro país, obligan a que la docencia se realice de manera interdisciplinar, siendo éste uno de los objetivos a alcanzar en la docencia, pues así lo determina el Real Decreto 1344/1991, de 6 de septiembre, que establece las bases para el desarrollo del Currículo de Educación Primaria. Todo ello significa que, si por ejemplo, se está haciendo referencia en el texto de un libro de educación a la guerra civil española, es perfectamente lícito que se represente esta contienda bélica ilustrando el texto con la obra «Guernica» de Picasso. También es lícito ilustrar, si se habla de religión, con reproducciones de obras cuyos temas sean pasajes de La Biblia, puesto que la finalidad es la educación.” A nuestro juicio, la figura no está bien delimitada en la Ley, por lo menos no de forma clara. Y es que, en la práctica, no parece que sea poco frecuente el que se citen todo tipo de obras en otras obras de carácter literario, aunque éstas últimas no tengan una finalidad educativa. No obstante, la situación no es aceptada de la misma manera cuando se trata de incluir una cualquier tipo de obra en una obra audiovisual, por ejemplo.

⁶⁸⁴ Según SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 552, con carácter general, esta obligación debe entenderse como una forma de proteger los derechos morales del autor, pero el hecho de que en determinadas ocasiones específicas el cumplimiento de esta obligación sea del todo imposible, no puede acarrear, en principio, la negación de la admisibilidad del límite de cita. Como sería el caso de las citas musicales, por ejemplo.

Por otra parte, es preciso explicar lo referente a las reseñas o revistas de prensa a las que hace alusión el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 32 citado más arriba. De conformidad con dicho precepto, tales reseñas o revistas tendrán igualmente la consideración de citas. A este respecto, según BONDÍA ROMÁN, debemos entender que, de acuerdo con lo que es habitual en los medios de comunicación escritos en España, las revistas de prensa consisten en recoger extractos o partes de artículos de otros periódicos (generalmente sus editoriales).⁶⁸⁵ Este tipo de actividad, que utilizando la expresión inglesa se denomina también “*press clipping*”, es un fenómeno conocido desde antiguo.⁶⁸⁶ “La aparición de Internet, empero, ha multiplicado los problemas que pueden suscitarse en torno a ello. En los últimos años las empresas que se dedican a ofrecer resúmenes de prensa a través de una página Web han proliferado sensiblemente. La tarea de estas empresas consiste habitualmente en confeccionar una revista de prensa incluyendo dentro de su propia Web artículos periodísticos divulgados a través de otros medios. Unas veces se ofrece un resumen elaborado por la propia empresa y otras la página Web redirecciona al usuario a la Web original mediante el correspondiente sistema de *links* o enlaces.”⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 33”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 173.

⁶⁸⁶ Para una visión mucho amplia de la figura del *press clipping*, no ya desde el punto de vista legal sino más bien práctico, resulta interesante el artículo de JIMÉNEZ, Àngels, “Acceso a información periodística a través de servicios de *press clipping*” [on line], “Hipertext.net”, núm. 1, 2003. <<http://www.hipertext.net>> [Consulta: 26/06/2007], ISSN 1695-5498.

⁶⁸⁷ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio, “Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en Internet”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 151. Por otra parte, es preciso destacar que con la entrada en vigor de la Ley 23/2006 el párrafo segundo del artículo 32.1 ha sido objeto de una modificación importante en relación a este tema, aparentemente secundario, que ha suscitado una fuerte confrontación a lo largo de la elaboración y de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley entre las de empresas periodísticas y aquellas dedicadas a reproducir, distribuir y/o comunicar por encargo artículos y noticias sobre determinados temas. Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Capítulo II: Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual” en BERCOVITZ, Rodrigo, GARROTE, Ignacio, GONZÁLEZ, Alfonso y SÁNCHEZ, Rafael, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Pág. 52 a 56, la redacción anterior del artículo 32, párrafo segundo, permitía a las mencionadas empresas realizar su actividad de reproducción y distribución o comunicación de artículos de periódico a sus

Por otra parte, y en lo que respecta al tema que aquí nos interesa, un sector de la doctrina establece que la lectura poco atenta del precepto anteriormente descrito podría llevar a la conclusión de que el mismo no contempla un genuino límite al derecho de transformación, sino más bien al derecho de reproducción. Sin embargo, tales doctrinarios se inclinan por considerar que el mero cambio de contexto que supone la inclusión o incorporación material de una obra o parte de una obra en otra, constituye una clase de transformación, por lo que toda norma que permita realizar libremente la inclusión en la obra propia, de obras o fragmentos de obras ajenos, debe reputarse una norma limitativa del derecho de transformación.⁶⁸⁸

Por su parte, los detractores de esta teoría establecen que la cita o citas constituyen una parte insignificante dentro de la obra en la que se incorporan, de modo que su existencia

clientes sin necesidad de autorización, ni de pagar remuneración alguna a los autores de los artículos o a los periódicos en los que éstos habían sido publicados. Sin embargo, la Ley 23/2006 ha modificado dicho artículo de forma que al final se ha llegado a un régimen similar al previsto en el artículo 33.1 del TRLPI para los trabajos y artículos sobre temas de actualidad. Es decir que cuando la utilización consista básicamente en una mera reproducción con fines comerciales a la que el autor no se haya opuesto de forma expresa, éste último tendrá derecho a una remuneración equitativa. La cuantificación de la remuneración equitativa tendrá que ser pactada, y, en su defecto, fijada por la autoridad judicial, al igual que ocurre con respecto a la remuneración del artículo 33.1. Huelga decir que, de conformidad con lo señalado por CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio, “Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en Internet”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 158, con esta nueva redacción el legislador deja sin efecto, en el plano de la más estricta realidad, la asimilación de las reseñas de revistas de prensa del derecho de cita. Primero, porque aún en el caso de que no conste tal oposición, si la actividad consiste básicamente en la reproducción de los artículos y se realiza con fines comerciales, el autor tendrá derecho a percibir una remuneración; y segundo, porque esta asimilación sólo resulta operativa en aquellos casos en que el autor no haya manifestado expresamente su oposición. Y es claro que casi todos los periódicos incluirán cláusulas de reserva de derechos que denoten explícita o implícitamente tal oposición. De hecho, en el dorso de cualquier ejemplar de la edición impresa del Diario El Mundo, por ejemplo, puede ser leída la siguiente indicación: “Unidad Editorial, S.A., Madrid, 2006. Todos los derechos reservados. Esta publicación, como obra colectiva en los términos del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual, no puede, ni en todo ni en parte, ser distribuida, reproducida, comunicada públicamente, tratada o en general utilizada por cualquier sistema, forma o medio, sin autorización previa y por escrito del editor. En particular, Unidad Editorial se opone de manera expresa a que la reproducción de sus páginas pueda ser considerada una ‘cita’ en los términos previstos en el artículo 32.1º, párrafo segundo de la Ley de Propiedad Intelectual.” Idéntica advertencia figura en la sección “aviso legal” de la Web <http://www.elmundo.es>.

⁶⁸⁸ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 542. En la misma línea se expresa LLEDÓ YAGÜE, F., “Comentario al artículo 32”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, Págs. 515 y siguientes, donde se refiere continuamente a la obra que incluye citas como obra derivada.

no depende de ellas; y, que por consiguiente, no se cumple uno de los requisitos que permiten hablar de transformación, por lo que habría de concluirse que la cita constituye, antes que otra cosa, una reproducción.⁶⁸⁹

Ahora bien, otra parte de la doctrina sostiene de forma quizás intermedia que la frontera del derecho de cita se encuentra, precisamente, en el derecho de transformación. Es decir, que si la cita o citas llegan a adquirir tal entidad que la obra en la que se utilizan se transforma en obra compuesta o en obra derivada, aunque sirva para su comentario o juicio crítico y se haga con fines docentes o de investigación, la medida de su justificación ya no aparece justificada porque la obra citada no se está reproduciendo total o parcialmente, sino que se está transformando.⁶⁹⁰

Por otra parte, huelga decir que algunos expertos en la materia como MEDIANO CORTÉS,⁶⁹¹ sostienen que la cita es un límite al derecho de incorporación que plantea el artículo 9.1 del TRLPI, que, como hemos visto, usualmente se ha equiparado con el derecho de transformación, pero que dicho autor entiende como entidades distintas, aunque con un idéntico régimen jurídico. Así, este doctrinario basa su teoría en la ubicación del artículo relativo a la cita en el TRLPI y en su contenido literal. Dicho esto ya que si se tratase de una reproducción en sentido estricto, a su juicio, esta norma estaría incluida en el artículo 31 que se refiere a los límites a tal derecho, y porque el artículo 32.1 en ningún momento hace referencia expresa a la reproducción sino que habla más bien de “incorporación” e “inclusión”, lo que constituye un vínculo claro con el artículo 9.1. No obstante, pese a compartir opinión con dicho autor en cuanto a la

⁶⁸⁹ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 426.

⁶⁹⁰ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 32”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 171.

⁶⁹¹ MEDIANO CORTÉS, Santiago, *Lecciones de cátedra impartidas en la 1ª Edición del Master en Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III de Madrid*, 2003-2004.

diferenciación de obras compuestas y derivadas y pese a que en principio bien es cierto que esta figura parecería encajar dentro del concepto que propugna el artículo 9.1 del TRLPI, no estamos de acuerdo con dicha posición toda vez que cuando exista una colaboración entre autores, nos escaparíamos, pues, del supuesto del indicado artículo 9.1 y nos hace pensar que el artículo 32.1 no estaba intencionado para limitar tal derecho. Además, la ubicación del artículo 32 tampoco, a nuestro juicio, sería indicativo de tal realidad toda vez que también los artículos 33, 34, 35 y 37 también limitan de una forma u otra el derecho de reproducción.

Así pues, a lo que a nosotros respecta, compartimos la posición de quienes sostienen que lo dispuesto en el artículo 32.1 constituye en todo caso un límite al derecho de reproducción. Sin embargo, dada la amplitud del propio concepto de transformación, esto no es óbice para que la descontextualización y aislamiento del fragmento que supone la cita pueda ser considerado en algunos supuestos como transformación, aunque, en todo caso, esto deberá de abordarse de forma amplísima.⁶⁹²

3.5. *La parodia como límite*

Como bien veremos en profundidad en los capítulos que siguen a continuación, la parodia es el límite a los derechos de autor que por excelencia afecta directamente al derecho de transformación, toda vez que, en definitiva, se trata de modificaciones hechas a una obra preexistente de manera tal que de las mismas surge una obra diferente. Se trata, en puridad de una obra derivada, de una transformación de una obra

⁶⁹² Véase también en este sentido a SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 191.

preexistente a la cual se pretende criticar duramente.⁶⁹³ Ahora bien, no se trata de una afirmación que pueda hacerse a la ligera, ya que se trata de un debate complejo, en el que se discute sobre la naturaleza de la figura y los derechos que limita.

A nuestro juicio, sea cual sea la consideración que se le dé, la obra resultante de la actividad paródica gozará de igual protección que la que a la obra originaria corresponde, ya que la actividad paródica implica forzosamente una modificación en la forma de la obra de manera que resulta otra distinta, y ello ha sido comúnmente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia. Ahora bien, el debate reside precisamente ahí, en determinar si la parodia constituye lo que en Derecho de autor se entiende por obra derivada o, al contrario, si es una forma de creación que no puede vincularse al derecho de transformación exclusivo que ostenta el autor de la obra parodiada sobre su trabajo. Las opiniones al efecto son discordantes.⁶⁹⁴ Desde ya, por nuestra parte, hemos adelantado que consideramos que se trata de una obra derivada, y por lo tanto, del ejercicio de una transformación. Pero esto es algo que estudiaremos de forma más amplia en el capítulo siguiente.⁶⁹⁵

⁶⁹³ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 431.

⁶⁹⁴ Vid. SOL MUNTANOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 176 y 177.

⁶⁹⁵ Vid. *Infra*, Capítulo Quinto, apartado 6: La parodia como obra derivada, Págs. 346 y siguientes.

CAPÍTULO QUINTO
EXAMEN DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA PARODIA

*“El hombre sufre tan terriblemente en el mundo
que se ha visto obligado a inventar la risa.”*

Friedrich Nietzsche (1844-1900)
Filósofo alemán.

1. INTRODUCCIÓN

La parodia es un límite del derecho de autor que viene reconocido en el artículo 39 del TRLPI, que a la vez constituye una forma de creación susceptible de protección por dicho cuerpo normativo. A este respecto el referido artículo no establece propiamente una definición de la misma y sólo viene a decirnos lo siguiente: *“no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.”*⁶⁹⁶

“Cuando se estudia la parodia desde una perspectiva jurídica, lo primero que seguramente puede llamar la atención es la ausencia de un contorno definido de la figura. No hay acuerdo en prácticamente ninguno de los extremos que conforman esta excepción al derecho de autor. Empezando por la terminología y pasando por la naturaleza jurídica o por el alcance de los criterios de licitud. Una de las causas de tanta indefinición reside en una formulación normativa muy abierta acompañada de una jurisprudencia más bien escasa; sin embargo, no nos engañemos por ese cuadro que nos

⁶⁹⁶ Véase también lo dispuesto en los artículos 5.3.k) y 5.f) de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

podiera llevar a pensar que el tema carece de importancia o de trascendencia jurídica.”⁶⁹⁷

Al abordar esta figura, tendremos que estudiar aspectos tan importantes para el Derecho como lo son los derechos fundamentales relativos al fomento de la cultura, a la libertad de expresión y de creación, así como la colisión de derechos tanto morales como patrimoniales que se opera entre el autor de la obra preexistente y el parodista al llevar a cabo la referida actividad paródica. Y es que se trata de una figura compleja, que a pesar de que en su estudio podamos encontrarnos con múltiples lagunas, según veremos en el apartado siguiente, la misma se halla afincada en la cultura popular desde tiempos inmemoriales.⁶⁹⁸ Así pues, “aunque el artículo 39 del TRLPI no la hubiera recogido de forma expresa, la parodia habría acabado siendo acogida por la práctica, y en última instancia por los tribunales.”⁶⁹⁹

2. ANTECEDENTES

La parodia viene siendo entendida normalmente como una fórmula que utiliza la broma como medio para trasgredir las estructuras sociales establecidas, haciendo nuestro día a día más digerible. Así, el término “parodia” se suele identificar generalmente con un contenido risible y cómico que a la vez se relaciona con situaciones consideradas

⁶⁹⁷ ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 276.

⁶⁹⁸ En efecto, como se verá, la parodia corresponde a un uso social arraigado en España. Existe toda una tradición de parodia en el teatro español y también en la prensa del siglo XVIII, cuyo aspecto positivo normalmente apuntado por los especialistas ha sido favorecer el avance y modernización de los géneros así como permitir, incluso en tiempos de escaso protagonismo de las libertades públicas, la participación de las controversias de su tiempo, a través de un mecanismo que destaca e intensifica el efecto cómico de la información social, económica y política. Vid. en este sentido a ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 276.

⁶⁹⁹ CASAS VALLÉS, Ramón, prólogo de SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág.13.

vulgares. Sin embargo, como veremos a continuación, “el papel de la parodia es más importante que el del simple ejercicio artístico capaz de provocar la risa. Sus raíces profundas, revelan la existencia de un expediente ancestral que ha jugado desde los albores de la humanidad una función esencial en su evolución como elemento de aprendizaje, de cohesión social, de aceptación de la realidad y de válvula de escape ante la presión de la vida en comunidades ordenadas jerárquicamente.”⁷⁰⁰

Cualquiera pudiera afirmar que la parodia es un género que ha existido tanto como la literatura misma. Desde Grecia y Roma nos llegan magníficos ejemplos de parodias, pastiches, sátiras y medios similares para criticar y generar risas, como por ejemplo “*Las nubes*” de Aristófanes, o bien sin ir más lejos, una excelente muestra la tenemos en nuestro *Don Quijote de la Mancha*, genial pastiche de las historias de caballerías.

“La voz parodia etimológicamente viene del latín ‘*parodia*’,⁷⁰¹ y ésta, a su vez proviene de ‘*paraeido*’, un derivado de ‘*oda*’, que en griego clásico significaba cantar.”⁷⁰²

Probablemente el concepto en sí mismo proviene de la Grecia de los siglos VII a IV a. de C., como forma de canto en falsete, en contracanto o de otro modo diferente al previsto en la obra originaria.⁷⁰³ De hecho, según algunos autores, de manera más específica la palabra parodia habría sido utilizada en Grecia para referirse a ciertas

⁷⁰⁰ Vid. SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 22.

⁷⁰¹ Según LELIÈVRE, F., “The Basis of Ancient Parody”, *Greece and Rome*, Series 2, ½, Junio de 1954, Pág. 66, existe una ambigüedad en la palabra “parodia” toda vez que su prefijo “para” puede ser traducido de forma que puede significar tanto similitud, consonancia y derivación como también trasgresión, oposición o diferencia. Otros autores como HOUSEHOLDER, Fred, “ΠΑΡΟΔΙΑ”, *Journal of Classical Philology*, Vol. 39, N° 1, Enero – 1944, Págs. 1 a 9, y ROSE, Margaret, *Parody // Meta-Fiction. An Analysis of Parody as a Critical Mirror to the Writing and Reception of Fiction*, Londres, 1979, Pág. 33, también sostienen dicha ambigüedad.

⁷⁰² COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Madrid, 3ª ed., Gredos, 1997.

⁷⁰³ Así lo pone también de manifiesto la cuando al consultar la voz “Parodia” en V.V.A.A., Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation, se establece lo siguiente: “(del griego, *odé*, ‘canto’, y *pará*, ‘al lado de’, ‘contra’), así pues la parodia significa el canto de lado, el contracanto o contrapunto. Entre los griegos, a través de la interpretación de Aristóteles, la parodia estaba asociada a lo cómico y, con tal perspectiva, incluía la ridiculización de lo heroico.”

creaciones artísticas en las que los temas heroicos eran objeto de mofa o involucraban citas cómicas e imitación.⁷⁰⁴

Como bien apunta, SOL MUNTAÑOLA, en la literatura, la hipótesis más aceptada supone que aparece con la técnica que practicaban los rapsodas, durante la recitación de obras como *La Ilíada* o *La Odisea*, quienes, para llamar la atención y distraer al público, introducían a modo de piezas intermedias fragmentos de la obra seria cambiando su sentido. No obstante, sus orígenes –en nuestra tradición cultural–, como género de la poética, deben situarse en la Grecia clásica. Pues una cosa será la técnica paródica ancestral, y otra bien diferente la aplicación de esa técnica a una particular forma de criticar y burlarse de obras escritas. Aristóteles, en el capítulo I de su *Poética* sitúa a la parodia como una representación de nivel bajo en modo narrativo. Sin embargo, ni el texto de Aristóteles que desarrollaría la parodia, ni ninguna de las referencias que hacen otros clásicos ha llegado a nosotros. A pesar de que se citan por referencias encontradas en textos antiguos otras obras (como la *Deíliada* – la *Ilíada* de los cobardes–), el primer texto paródico que, al parecer íntegro, conocemos se debe situar en el siglo V o IV a. de C. Se trata de *La Batracomiomaquía* atribuida a Aristófanes, a través de la cual se parodiaban los poemas épicos de Homero convirtiéndolos en una guerra de ranas contra ratas.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ Vid. GREDLEY, Ellen y SPYROS MANIATIS, “Parody: A Fatal Attraction? Part I: The Nature of Parody and its Treatment in Copyright”, EIPR, N°7, 1997, Pág. 339.

⁷⁰⁵ Vid. SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 31 y 32. En otras palabras, tal y como glosaba el Tribunal de Nápoles en una importantísima sentencia en tema de parodia de 27 de mayo de 1908, sobre la polémica entre D’Annunzio y Scarpetta, por la parodia que el último hacía de una obra del primero, *Giur. Ital.* 1909, vol. LXI, part. II, c.1., la parodia es una figura “nacida en Grecia, desde tiempo antiguo cultivada con amor y grandísimo esmero en Italia y en Francia, ya que responde íntimamente al espíritu de estos pueblos, odiada siempre por los literatos, que toleraban mal la parodia de sus propias obras; proscrita por un decreto de Luis XV, dictado para agradar a Voltaire, y declarada nuevamente lícita por un decreto del mismo rey, alcanza cotas artísticas altísimas, como en *Las Nubes* de Aristófanes, en *La batracomiomaquía* traducida por Leopardo, *Don Quijote de la Mancha* de Cervantes y en otras muchísimas obras.”

De esta manera, vemos que la parodia ha sido desde la antigüedad clásica una de las más practicadas formas de estilo literario.⁷⁰⁶ “El parodista, con plena libertad, tomaba estilo, personajes, trama e incluso derechamente la obra ajena para contrahacerlos, deformarlos y conseguir una crítica divertida –o si se quiere, una diversión crítica- de la obra original y de lo que esa obra significaba en su contexto social o cultural. El parodista, como el bufón en la corte, tenía todo el derecho a decir cuanto se le pasase por la cabeza a propósito de lo dicho por otro, zahiriendo con su ingenio el orgullo de los cortesanos aduladores o petulantes. La aparición del derecho de autor como una institución de derecho positivo en el siglo XIX y su consolidación y desarrollo en el XX se enfrentó de diverso modo con este género, bien reconociéndolo implícitamente dentro de los usos admisibles de una obra –“*fair use*” en los Estados Unidos, “*freie benutzung*” en Alemania, etc.-, bien regulándolo explícitamente – Francia, España, Portugal, etc.-, aunque sin nunca dar una definición del mismo.”⁷⁰⁷

Sin perjuicio de lo anterior, aunque se trata de una forma de expresión muy antigua, la historia de la parodia en el derecho de autor parece relativamente reciente.⁷⁰⁸ En efecto, en España, una de las novedades que aportaba la Ley 22/1987, de 11 de noviembre con respecto a la anterior Ley de 1879, y que no ha sido modificada en lo sucesivo por el TRLPI ni por ninguna de las leyes posteriores en relación a la propiedad intelectual, es

⁷⁰⁶ No obstante lo anterior, según DENTITH, Simon, *Parody*, Routledge, Londres y Nueva York, 2000, Págs. 22 a 32, establece que existe un claro problema en establecer los antecedentes históricos de la parodia dado que la misma no ha sido siempre entendida de la misma manera y mucho menos de forma universal. Y es que según este autor, la parodia ha sido entendida de distintas formas dependiendo del momento histórico en que ésta se hallare y en las condiciones sociales de la época. De la misma manera, DENTITH establece que los usos predominantes del modo paródico seguirán variando de conformidad con la situación social bajo la cual los mismos se aplican.

⁷⁰⁷ PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 9.

⁷⁰⁸ Vid. GENDREAU, Ysolde, “Las excepciones de cita y parodia. El derecho de adaptación”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008, Pág. 313.

el de ocuparse en su articulado del tema de la parodia.⁷⁰⁹ En efecto, la referida Ley de 1879 no mencionaba en sus preceptos a la parodia. Donde sí se hacía mención de ello era en el Reglamento de ese mismo cuerpo normativo de 6 de septiembre de 1880, en cuyo artículo 65 se establecía lo siguiente: “*En las parodias no podrá introducirse en todo ni en parte, sin consentimiento del propietario, ningún trozo literal ni melodía alguna de la obra parodiada.*”

A este respecto, no podemos resistirnos a hacer un breve resumen, para explicar el proceso de cambio que se suscitó en España desde la redacción de este artículo a la actual referencia a la parodia del artículo 39 del TRLPI. Así, debemos comentar que la inclusión del referido artículo 65 en el Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1880, se justificó en su momento por las muchas imitaciones que, a título de parodia, se habían sucedido en los años precedentes. Al parecer, la parodia constituía una excusa que funcionaba bien para imitar obras ajenas y, para contenerla, se entendía que era necesario reconocerla y limitarla legalmente.⁷¹⁰ Pero en aquel entonces se trató más bien de un límite discrecionalmente aplicable por el autor para impedir que parodiasen su obra, y no propiamente alegable por el usuario en general. Era una solución que traía como base la doctrina establecida por la jurisprudencia del país que, en aquel entonces, constituía la influencia jurídica más importante sobre España, esto es, Francia, en donde se la parodia era aceptable siempre que no tomara partes textuales de la obra parodiada. De esta forma se incluyó por primera vez la parodia en nuestra Ley. A partir de entonces, sólo era cuestión de tiempo para que se ampliara el ámbito de actuación

⁷⁰⁹ Según DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 460, dicha inclusión quizás se debió a la influencia del artículo 41,4 de la Ley francesa de 11 de marzo de 1957 (actual L. 122-5, 4º del Código de 1995) que señala que: “Una vez que la obra ha sido divulgada el autor no puede prohibir (...) la parodia, la imitación y la caricatura, teniendo en cuenta las normas del género.” Como mero apunte, debemos señalar que disposiciones similares también las hayamos en las legislaciones de Camerún, Costa de Marfil y Senegal.

⁷¹⁰ La situación de la época la refleja muy bien DÁNVILA Y COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, Págs. 490 y siguientes.

cubierto por dicha disposición legal. No obstante, pasó más de un siglo antes de que ello se materializara, ya que en el proyecto de Ley de 1934 no había ningún tipo de referencia a esta figura y no fue hasta la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 cuando se reguló a la parodia de forma expresa.

Así pues, tras diversas modificaciones a lo que fue su Proyecto, en donde en un principio se seguía haciendo referencia a la necesidad de que la parodia no reprodujera trozo literal o melodía de la obra parodiada,⁷¹¹ el texto de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de propiedad intelectual, incluía el texto que tras la refundición de abril de 1996 sigue vigente al día de hoy.⁷¹² A raíz de ello, hay quienes se cuestionan sobre si el artículo 65 del Reglamento de 1880 está o no derogado por la legislación actual, a la vista del artículo 39. Y a este respecto debemos señalar que no cabe duda de que existe un cambio de perspectiva muy claro entre una y otra normativa. Y es que, el artículo 39 arriesgando mucho más, supone la constitución de un límite al derecho exclusivo de transformación.⁷¹³

⁷¹¹ De conformidad con el Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, núm. 152, de 14 de mayo de 1985) el cual destacaba la necesidad de limitar el “derecho de la parodia cuando ésta tuviera un fin distinto del de la mera creación”, el Proyecto de Ley contenía el siguiente precepto: “*No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no reproduzca trozo literal o melodía de la obra parodiada, encubra riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.*” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie A, núm. 184-I, de 1 de febrero de 1986). A este precepto se hacen dos enmiendas: (i) la número 163, Grupo Mixto (PDP) y (ii) la número 120, del grupo CDS, solicitando ambas la supresión de la frase “no reproduzca trozo literal o melodía de la obra parodiada” y, ambas también en base a argumentos similares, indicando una por un lado que “las parodias se dificultan gravemente si no pueden reproducir trozos literales o parte de la melodía de la obra parodiada” o bien que se trataba de una “condición de imposible cumplimiento”. Cabe destacar que la Ponencia no aceptó las enmiendas, pero en la discusión en la Comisión se defendieron nuevamente ambas posturas y se produjo su aprobación conjunta por unanimidad.

⁷¹² Para consultar un estudio detallado del proceso de cambio que se suscitó en España desde la redacción del artículo 65 del Reglamento de 1880 a la actual referencia a la parodia del artículo 39 del TRLPI, véase lo establecido en DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al Artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 662 y 663; y SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 92 a 102.

⁷¹³ A este respecto, véase MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 39”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra,

3. CONCEPTO DE PARODIA

En la actualidad, y refiriéndonos de forma concreta al ámbito literario, que es donde esta figura se ha desarrollado más, la voz parodia “abarca multitud de expresiones artísticas, muy cercanas, pertenecientes a la literatura lúdica prácticamente todas ellas, y que son tratadas, a través de diversos recursos expresivos, lingüísticos o retóricos (la ironía, la sátira o la burla, etc.), mediante diferentes modalidades y estilos (un entremés, un cuento o una fábula, etc.), en diversos géneros (lírico, épico o dramático), y mediante tonos, registros o efectos de todo tipo. La amplitud polisémica del concepto⁷¹⁴ – proveniente seguramente de su uso impropio, englobando todo aquello que produjera risa sobre la base de una obra anterior- es incuestionable.”⁷¹⁵ De esta manera, el primer problema que se plantea en materia de parodia, es el de tratar de establecer a ciencia cierta qué es lo que pretendemos proteger legalmente cuando nos referimos a ella. A este respecto, tratemos pues de definir la figura, sin perjuicio de que más adelante veamos de manera sucinta esas otras figuras que en múltiples ocasiones suelen confundirse con ella.

A pesar de sus antiguos orígenes y de estar contemplada, como se ha visto, desde tan antigua legislación en materia de propiedad intelectual, lo cierto es que no existe ni nunca ha existido en España una noción jurídica del concepto de parodia. Efectivamente, aún a día de hoy, el artículo 39 del TRLPI da por sabido el significado

2007, Pág. 321. Comparte esta opinión DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al Artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, nota al pie número 8, Pág. 663.

⁷¹⁴ Según establece KITCHIN, George, *A Survey of Burlesque and Parody in English*, Oliver and Boyd, Edinburgh, 1931, Pág. XIII, la parodia en tiempos modernos (desde el siglo diecisiete), representa la reacción de la costumbre al intento de cambio, de la complacencia a la aventura de la mente o de los sentidos, y de las fuerzas políticas o sociales establecidas a las ideas subversivas. Según dicho autor, quizás su carácter puede ser resumido diciendo que ha sido en los últimos tres siglos inveteradamente social y anti-romántica. Políticamente ha tendido a ser cada vez más el perro guardián de los intereses nacionales, socialmente de la respetabilidad, y, en el mundo de las letras, de las formas establecidas.

⁷¹⁵ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 35.

de esta figura, estableciendo únicamente que la transformación a modo de parodia de una obra divulgada no exigirá el consentimiento del autor de esta última, siempre que no implique riesgo de confusión con la misma ni se le infiera un daño a esta o a su autor.

De ahí, que a la hora de definir la parodia tengamos que recurrir al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, en su vigésima primera edición, que establece lo siguiente: “1.- *Imitación burlesca, escrita las más de las veces en verso, de una obra seria de literatura. La parodia puede también serlo del estilo de un escritor o de todo un género de poemas literarios. 2.- Cualquier imitación burlesca de una cosa seria. 3.- Mus. Imitación burlesca de una música seria, o aplicación de una letra burlesca⁷¹⁶ a una melodía seria.*”⁷¹⁷ De esta forma, desde un punto de vista práctico, tomando en cuenta los antecedentes históricos de la figura y su función y aceptación social actual, la parodia puede ser definida en sentido general como *la recreación cómica de materiales lingüísticos o artísticos preexistentes.*⁷¹⁸

Ahora bien, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, la doctrina se ha encargado de definirla como “una variación sobre las ideas y expresiones de otra obra,

⁷¹⁶ Como vemos, todas las definiciones de parodia del diccionario antes citado, hacen alusión al término “burlesco/a”, que, a su vez, según la misma fuente significa lo siguiente: “*Festivo, jocoso, sin formalidad, que implica burla o chanza*”. Ahora bien, según ROSE, Margaret A., *Parody: Ancient, Modern and Post-modern*, Cambridge University Press, 1993, Pág. 5, es precisamente la referencia al término “burlesco/a” en la definición de parodia lo que a lo largo de la historia ha llevado a ciertos malentendidos a la hora de interpretar correctamente la figura, ya que la palabra “burlesco/a” no es tan sólo más moderna que la palabra “parodia”, sino que ha derivado de términos bastante diferentes. Así las cosas, mientras la parodia proviene de la Grecia antigua, “burlesco/a” es un término proveniente del italiano “burla” desarrollado en el siglo diecisiete, durante el cual el drama burlesco significaba algo bastante específico: el tomar otro drama como tópico, con propósitos cómicos, sirviéndose para tales efectos en parodias locales.

⁷¹⁷ De la misma manera, los jueces en Estados Unidos, Canadá, Australia y el Reino Unido, hacen uso frecuentemente de las definiciones de los diccionarios a la hora de apoyar sus decisiones. Así, por ejemplo, en *Campbell v. Acuff Rose*, 510 US 569 (1994) se definió a la parodia como “*una obra literaria o artística que imita el estilo característico de un autor o de una obra para conseguir un efecto cómico o ridículo*”. (La traducción es nuestra). A estos efectos, el juez hizo uso de *The American Heritage Dictionary*, 3era. Edición, 1992, Pág. 1317.

⁷¹⁸ ROSE, Margaret A., *Parody: Ancient, Modern and Post-modern*, Cambridge University Press, 1993, Pág. 52.

cuya esencia sea un contraste humorístico con el original, lo que supone copiar de ese original pero de una manera exagerada o distorsionada.”⁷¹⁹ También se ha dicho que la parodia se trata de la “recreación –pues verdaderamente el parodista crea aunque sea a partir de otra creación-, de una obra concreta, ya sea literaria, musical o plástica, transformándola para conseguir un efecto cómico,⁷²⁰ sin que sea lícita la que implique riesgo de confusión con la obra original, o infiera daños a ésta o a su autor.”⁷²¹ Así, para la mayor parte de la doctrina, la parodia “no llega a ser copia maliciosa de la obra original porque tiene sentido lúdico, no implica agravio para la obra parodiada, aún cuando tome elementos de ella para, con propio estilo, provocar sonrisas y gracia burlesca y festiva.”⁷²²

Además, los doctrinarios se han encargado de desarrollar el concepto de forma que se entiende que en la parodia es necesario mantener la sustancia de la obra parodiada de forma que sea posible reconocerla en la obra paródica. Evidentemente esto resulta una tarea difícil en la medida en que tomar demasiados elementos de la obra preexistente podría significar un plagio de la misma.⁷²³ Pero aquí lo importante es destacar que la obra preexistente no desaparece ante la aparición de la parodia; por el contrario, ninguna

⁷¹⁹ DAGITZ, M, “Trademark Parodies and Free Speech: An Expansion of Parodist’s First Amendment Rights in *L.L. Bean, Inc. V. Drake Publishers, Inc.*”, *Iowa L. Rev.*, vol. 73, nº 4, Mayo de 1988, Pág. 961.

⁷²⁰ Como se verá más adelante, no toda la doctrina está de acuerdo con establecer que la parodia debe conseguir un efecto cómico para que sea considerada como tal. Vid. *Infra*. Capítulo Sexto, Apartado 2.1.

⁷²¹ DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 664.

⁷²² ESPÍN CANOVAS, Diego, “Sanción civil y penal del plagio”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Número 31, Madrid, 2005, Pág. 275.

⁷²³ A este respecto, según AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Estudio jurídico del plagio literario*, Comares, Granada, 2005, Pág. 42, el plagio ha sido, y sigue siendo, la figura literaria y jurídica determinante del reconocimiento y protección de los derechos de autor, en cuanto tiene categoría de institución de la propiedad intelectual. Y en forma similar se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 14 de febrero de 1984 [RJ 1984/1129] cuando establece que se trata, en definitiva, de la acción de copiar una obra original o auténtica, ya sea de una manera servil o falsificación, ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación, y ya sea de modo total o parcial; la suplantación tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor, con manifiesta voluntad dolosa.

de las dos obras en juego es desplazada,⁷²⁴ sino que, como bien apunta PUEO, ambas se mantienen visibles, siempre presentes hasta el punto de que no se puede hablar de parodia si no hay una conciencia de que ambos elementos (tanto la obra paródica como la obra parodiada) actúan la una sobre la otra.⁷²⁵

A partir de las anteriores definiciones y conceptos y tomando en cuenta lo establecido en el TRLPI sobre la actividad paródica, a nuestro entender, probablemente la definición legal más acertada de la misma puede ser la que nos brinda PERDICES HUETOS cuando establece que se trata de una “imitación de cualquier obra, que mediante su modificación la destruye con fines críticos, utilizando generalmente formas humorísticas, para dar lugar a otra obra diferente, original, pero ineludiblemente unida al material originario.”⁷²⁶

4. RAZONES QUE FUNDAMENTAN AL LÍMITE DE LA PARODIA

*La estructura de la parodia encierra una auténtica paradoja,*⁷²⁷ pues “contiene la llave del frágil equilibrio entre valores y conceptos jurídicos en muchos casos indeterminados, que responden a distintas lecturas en los diferentes países que acogen esta excepción al derecho de autor.”⁷²⁸ Nos referimos, a la libertad de expresión, al

⁷²⁴ Según HUTCHEON, Linda, *A theory of parody: The teachings of twentieth-century art forms*, University of Illinois Press, 2000, Pág. 6, “la parodia es repetición con distancia crítica, la cual marca diferencias en lugar de similitudes”. Es decir, según la referida autora, la parodia viene a ser una inversión irónica de la obra preexistente, de manera que lo que se pretende destacar con la misma es una realidad distinta a la que defiende la obra preexistente.

⁷²⁵ Vid. PUEO, Juan Carlos, *Los reflejos en juego [Una teoría de la parodia]*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 44.

⁷²⁶ PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 19.

⁷²⁷ VOORHOOF, Dirk, “Freedom of expression, parody, copyright, and trademarks”, en http://www.alai-usa.org/2001_conference/pres_voorhoof.doc, Congreso de ALAI, New York, junio de 2001.

⁷²⁸ ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.

derecho a la creación y producción intelectual, a la doctrina de los actos propios, al acceso a la cultura, al abuso de derecho, entre otros. En el presente apartado, veremos algunos de estos aspectos que la generalidad de la doctrina entiende tan intrínsecamente relacionados con la parodia y que, además, según la inmensa mayoría, constituyen el fundamento de su existencia.

4.1. Generalidades

Como veremos más adelante en detalle, la parodia necesita tomar como modelo a una obra preexistente que haya sido previamente divulgada y conocida por el público receptor, para poder desarrollar su carácter. A lo largo de la historia, su existencia se justificaba en las bases del humor y en el hecho de que la misma consistía en una práctica habitual en el desarrollo de los pueblos. Hoy, aceptada la parodia por la Ley, es justo ahí donde la doctrina se ha empeñado en buscar su fundamento basándose en la necesidad social, que como fórmula de convivencia, como incentivo para la creatividad y progreso o como forma de comunicación, seguramente fundamentará el expediente paródico.⁷²⁹

A estos efectos, a continuación veremos las razones que la doctrina ha ido señalando como justificativas de este conflictivo límite. A saber, nos referimos al derecho a la libertad de expresión, el derecho a la creación y producción intelectual y el derecho al acceso a la cultura.

⁷²⁹ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 114 y 115.

4.2. *El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la creación y producción intelectual*

Con pocas excepciones, quienes se han pronunciado sobre el fundamento del límite de parodia, lo han situado como manifestación de la libertad de expresión. Así, como bien apunta PERDICES HUETOS, la mayoría de la doctrina sostiene que lo que justifica la causa de que se pase por encima del consentimiento del autor original es el mensaje crítico y su libre expresión, de forma que se haga llegar al público el mayor número posible de opiniones sobre una obra artística.⁷³⁰

La libertad de expresión es un derecho que viene reconocido en el artículo 20.1.a) de la Constitución española que establece el derecho de toda persona *a expresar libremente los pensamientos, obras y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción*. Así, según apunta ESPÍN, la actividad de expresar o difundir ideas u opiniones ha de ser libre, lo que supone que no ha de haber restricciones previas ni por parte del Estado, ni, en su caso, por parte de sujetos privados. Cualquier restricción previa proveniente de poderes o entidades de carácter público constituiría, en principio, una modalidad de censura proscrita de forma taxativa por el artículo 20.2 de la Constitución. En cuanto a las restricciones procedentes de particulares, quedan igualmente excluidas por el artículo 20.1.a), salvo que constituyan a su vez supuestos de legítimo ejercicio de otros derechos, comprendidos en la enumeración del artículo 20.4 de la Constitución.⁷³¹

⁷³⁰ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 17.

⁷³¹ Vid. ESPÍN, Eduardo, “Lección 12: Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información” en LÓPEZ, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCÍA, Joaquín, PÉREZ, Pablo y SATRÚSTEGUI, Miguel, *Derecho Constitucional – Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, Pág. 287. En sentido similar se expresa LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. IV, Propiedad y Derechos Reales, Trivium, Madrid,

De esta manera, para la mayor parte de la doctrina, exigir el consentimiento del autor para transformar su obra en una parodia sería una traba a la libertad de expresión casi insalvable, pues se ha dado por sentado que la inmensa mayoría de los autores se negaría a someter voluntariamente su creación al escarnio público.⁷³²

Ahora bien, sin ánimo de poner en duda esta tajante posición doctrinal que es, desde luego, la predominante y probablemente la más acertada, no podemos más que plantearnos una serie de interrogantes en este sentido. La primera que nos viene a la cabeza es precisamente ¿por qué debemos entender que por el hecho de requerir autorización para la creación de la parodia se coarta el derecho de libertad de expresión? La respuesta obligada en este caso sería justo lo que veníamos diciendo en el párrafo anterior, esto es, porque de lo contrario probablemente ningún autor daría su consentimiento para ello. Ahora bien, a esta pregunta seguirían las siguientes: ¿por qué entonces debe de pedir autorización un transformador “serio” (por llamarle de alguna manera) de la obra? ¿No es acaso la misma libertad de expresión que se ve coartada cuando tal transformador serio recibe una negativa a su intención de transformar la obra? ¿Por qué ha de prevalecer el interés del parodista al del transformador serio?⁷³³

1996, Pág. 282, cuando al respecto señala que: “*Se trata de un derecho fundamental de claro contenido ideológico que, por consiguiente, no debe verse limitado más que por otros derechos fundamentales cuando efectivamente haya colisión de derechos, pero no ab initio desde un punto de vista metodológico.*”

⁷³² Vid. ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 278.

⁷³³ En esta línea, aunque de forma bastante radical, incluso hasta llegar a mostrarse abiertamente en contra de la parodia, cosa en particular que no compartimos, se expresa MARIZCURRENA ORONÓZ, Martín, “Curso de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos y su protección en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma”, *Materiales del Curso: Límites al ejercicio de los derechos: En general; En el Convenio de Berna*, Ciudad de Panamá, 21-28 de febrero de 1994, Págs. 11 y 12, cuando dice literalmente lo siguiente: “*A nuestro juicio, no puede admitirse ningún tipo de licencia para realizar parodias, atenta casi siempre a la sensibilidad del autor (y a su derecho moral) en forma grosera. El autor tiene el derecho exclusivo sobre su obra, nadie puede modificarla sin su autorización, y así está consagrado en todas las legislaciones nacionales y Convenios internacionales. Resultaría poco coherente sostener que el autor goza del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, traducciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras, pero pierde ese derecho cuando se trata de parodiar, de burlarse de su obra. Pensemos cómo se sentiría cualquier autor dramático al ver que los personajes que creó con*

Después de todo, como bien lo indica PERDICES HUETOS, el arte y la actividad artística no justifican el sacrificio de los derechos de los otros: la libertad artística no significa un privilegio del artista para hacer en interés del arte lo que para otra persona estaría prohibido.⁷³⁴ Entonces, si la respuesta a esta última pregunta radica en el fin perseguido con la parodia, esto es, opinar y criticar la obra preexistente,⁷³⁵ entonces cabe que nos preguntemos asimismo lo siguiente: para opinar y criticar una obra, ¿realmente es necesario tomar elementos protegidos de ella, imitándola en sus aspectos más característicos? ¿O puede también criticarse simplemente citándola o hablando de ella sin tomar ninguno de sus elementos? Entendemos que sí, pero los que defienden a la libertad de expresión como fundamento de la parodia estiman que lo que se trata de proteger es una forma específica de crítica, esto es, la crítica paródica.⁷³⁶

Con relación a este último aspecto, estamos totalmente de acuerdo en el interés de proteger la parodia, pero de lo que no estamos tan seguros –dadas todas las interrogantes que se nos presentan– es que su fundamento sea precisamente el derecho a la libertad de expresión. No dudamos que es probable que sea un factor de suma importancia a tomar en cuenta, pero, al menos en principio, parecería que hay algo más allá de ello. Y es que, el propio sistema de derecho de autor, a pesar de que en términos generales se constituye como garantía de la libertad de expresión, existen otros casos –

una psicología determinada, encuadrados en un entorno también determinado, aparecen en la parodia totalmente desfigurados, sin poder hacer nada para impedirlo, por imperio de la licencia, porque, a pesar de que se prevea la circunstancia del descrédito para la obra, queda por saber si quien tenga que juzgarlo tendrá o no la misma sensibilidad del damnificado para confirmar tal descrédito...”

⁷³⁴ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 26.

⁷³⁵ En palabras de CASAS VALLÉS, Ramón, Prólogo a la obra de SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 13, se trata de una excepción al servicio de un creador; pero no de un creador cualquiera, sino de un creador que opina. Y a este respecto agrega MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 39”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, Pág. 321, que tal creador opina sobre la obra parodiada, y opina en el sentido de ofrecer una censura irónica.

⁷³⁶ Vid. SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 123.

aunque ciertamente pocos- en los que el mismo se configura como una excepción a la libertad de expresión y a la libertad de información.⁷³⁷ Desde el momento en que debemos pedir permiso para ejecutar, interpretar, transformar o incluso comunicar públicamente una obra en cualquier forma, nos damos cuenta de que, por imperativo legal, nuestra libertad de expresión no es absoluta.⁷³⁸

De esta manera, en principio, parecería más lógico entender que la verdadera justificación del expediente paródico se halla más bien en el interés de la sociedad de que existan cada vez más obras que nutran su acervo cultural y a las que los miembros que la componen puedan más tarde acceder para continuar desarrollándose individual y colectivamente. Es decir, en el fomento de la creación y la producción intelectual.

El derecho a crear y producir obras intelectuales o, si se quiere, el “derecho a la libre creación intelectual”, según la posición adoptada por la jurisprudencia y la opinión de la totalidad de la doctrina, se consagra, de modo ineludible, en el artículo 20.1.b) de la Constitución española. Como hemos visto, el contenido de este artículo es doble.⁷³⁹ De un lado está integrado por un derecho genérico e impersonal a crear y producir obras, derecho que si bien por su ubicación parece guardar cierta similitud con el derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1.a) de la Constitución española, debe conceptuarse como distinto del mismo. Y, de otro lado, está integrado por una serie de derechos

⁷³⁷ Así lo afirma igualmente BERCOVITZ, Germán, “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 102.

⁷³⁸ En efecto, algunos teóricos del derecho de autor argumentan a menudo que dicho derecho compromete la libertad de expresión. Ello es precisamente cierto en los Estados Unidos, donde muchos profesores universitarios y algunos juristas se han alarmado por el desbordamiento del ámbito de aplicación de la legislación sobre el derecho de autor, debido a la extensión del término “derecho de autor” y al continuo aumento de la gama de derechos exclusivos. Al menos así lo sostiene SUTHERSANEN, Uma, “El derecho de autor como motor de la libertad de expresión: Una perspectiva inglesa”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008, Pág. 120.

⁷³⁹ Vid. Supra. Capítulo Primero: Apartado 1.5.- Reconocimiento constitucional del Derecho de Autor, Págs. 50 y siguientes.

inherentes al autor, resultado de una prolongación o extensión del derecho a la creación y producción intelectual a obras que ya están exteriorizadas y concluidas, que coinciden con las facultades morales y patrimoniales del autor, si bien existen dudas sobre su plena identificación con los mismos y sobre la plena inclusión de tales facultades en el indicado artículo de la Constitución.⁷⁴⁰

De esta manera, como bien apunta SOL MUNTAÑOLA, la actividad de creación no se configura como una manifestación de la libertad de expresión, sino una libertad autónomamente contemplada por la Constitución, y que, en su caso, necesitará de esa libertad de expresión para ser divulgada y comunicada a los demás.⁷⁴¹ El artículo 20.1.b) de la Constitución protege, con carácter previo al de su comunicación, las expresiones creativas del individuo. La actividad creadora, como elemento lógico previo para que una obra pueda comunicarse a los demás, requiere una previa protección que garantice el libre proceso de producción creativo tanto como su exteriorización. Es, en definitiva, el derecho a crear que todo individuo tiene por el solo hecho de serlo. Así, la actividad paródica será, en todo caso, primero ejercicio de la libertad de creación y, luego, ejercicio de la libertad de expresión.⁷⁴²

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la parodia desde el punto de vista de la libertad de creación como principal fundamento presenta también un serio problema y es que tampoco viene a resolver una de las interrogantes que nos planteábamos al principio con relación a la libertad de expresión, esto es, si lo que se pretende es fomentar la creación de más obras ¿por qué no se aplica ello también a quienes desean transformar

⁷⁴⁰ Vid. PLAZA PENADES, Javier, El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1,b) de la Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Pág. 312.

⁷⁴¹ En contra, BERCOVITZ, Rodrigo, “Derecho de autor y destrucción de la obra plástica”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, enero-marzo, 1986, Pág. 253.

⁷⁴² Vid. SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 82.

seriamente una obra? Después de todo, es la misma libertad de creación que se ve coartada ante una negativa del autor de la obra preexistente a las transformaciones de este tipo. Así pues, como bien apunta MARTÍN SALAMANCA, vemos que estamos ante un fenómeno absolutamente extraordinario y peculiar dentro de los límites que la ley de propiedad intelectual nos ofrece y, en vista de todo lo anterior, podríamos establecer que toda esta singularidad normativa se asienta sobre una conciencia social que va haciéndose cada vez más sólida a través del tiempo,⁷⁴³ y que, en definitiva, lo que se persigue con ello es incentivar legalmente la creación y difusión de un tipo específico de obra. De esta manera, descartados, siempre a nuestro juicio, el derecho a la libertad de expresión y de creación como fundamentos de la parodia, veamos, pues el tema desde otra perspectiva que también ha sido abordada por la doctrina: la del fomento al desarrollo de la cultura a la que todos tenemos derecho a acceder.

4.3. *El fomento de la cultura*

¿Qué es la cultura? Según apunta ANGUITA VILLANUEVA, si pudiéramos dar una respuesta clara a esta cuestión habiéramos resuelto uno de los mayores retos a los que se enfrenta la moderna antropología. Y es que, definir la cultura presenta un claro inconveniente: la amplitud de la expresión en sí misma y el gran número de acepciones del término. Además, en nuestro caso, hay que tener en cuenta que el Derecho no es sino una manifestación cultural, es decir, se nos presenta como una producción institucional que emana de una mucho más amplia a la cual el mismo intenta proteger y fomentar. Y, lo que complica más su estudio, no tenemos una única definición

⁷⁴³Vid. MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 39”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, Pág. 321.

antropológica de cultura que entendamos por aplicable al mundo del Derecho. Cuando éste hace referencia a la cultura utiliza el término en uno o varios sentidos, sin un significado unívoco. Seguramente, en este extremo, acudir a los diccionarios de referencia del idioma nos ayudará a dar la definición más clara y usual que, a fin de cuenta es la que normalmente terminan por emplear los legisladores.⁷⁴⁴ Así, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española establece a propósito de cultura lo siguiente: “1) *Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico*; 2) *Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.*”⁷⁴⁵

Como bien apunta SOL MONTAÑOLA, el fomento de la cultura arranca de la propia base justificadora del Derecho de autor, según la cual es necesario proteger la actividad creativa para promover y fomentar la cultura. En este sentido, la parodia es la otra cara de la moneda, pues también supone fomento de la cultura permitir la actividad paródica, aunque ello suponga una confrontación con el Derecho de autor. Hacerse merecedor del límite de parodia supone que el individuo que parodia debe entregar al acervo cultural, una obra nueva, fruto de su esfuerzo o de su genio creador. Ahora bien, la misma entrega se produce cuando el creador hace una película de un libro, o una canción de un poema, y ello no le exime de la preceptiva solicitud de licencia.⁷⁴⁶ De ahí, que nos encontremos con una disyuntiva similar a la del principio.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ Vid. ANGUITA VILLANUEVA, Luis, “Derechos fundamentales y propiedad intelectual”, en IGLESIAS REBOLLO, César (coord.), *Propiedad intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005, Págs. 55 y 56.

⁷⁴⁵ V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>.

⁷⁴⁶ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 116 y 117.

⁷⁴⁷ A este respecto cabe destacar que según MUSATTI, “La parodia e il diritto d’autore”, en *Riv. Dir. Comm.*, vol. VII, Italia, 1909, Págs. 164 y 168, el utilizar argumentos como la libertad de crítica, incentivar la producción artística o hacer uso de las virtudes sociales del humor no era más que una excusa para la expropiación por causa de utilidad privada y, encima, sin indemnización al expropiado.

Entonces, nos preguntamos ¿dónde en nuestra legislación encontramos el fundamento real de este artículo 39? Si no podemos referirnos a la libertad de expresión y creación ni al fomento de la cultura como fundamentos de la parodia, porque predicar eso sería favorecer a quienes en esencia pretenden dañar las creaciones intelectuales frente a aquellos que intentan transformarla seriamente y sin ánimo destructor, entonces ¿cuál es la solución correcta?

En nuestra humilde opinión, la parodia se contempla en nuestra legislación actual como fruto de su amplia trayectoria en la tradición popular que, como hemos visto, se remonta a tiempos inmemoriales y que nuestro legislador ha querido de alguna manera formalizar.⁷⁴⁸

Recordemos que se trataba de una práctica generalmente extendida que ya preocupaba a nuestro legislador de 1880 y que, sin embargo, por más de un siglo permaneció prácticamente ignorada. De ahí, que entendamos que el fundamento de esta norma legal se encuentra en el hecho de que se trata de una figura que de forma consuetudinaria ha sido parte constante de nuestra vida cotidiana y que de no haber sido regulada expresamente, la jurisprudencia y la doctrina ya se hubieran encargado de definirla.

No obstante, huelga recordar que la inmensa mayoría de la doctrina no comparte esta opinión, sino que sostienen que la distinción que la ley hace entre las transformaciones serias de una obra y la parodia a favor de esta última radica en que de no hacerlo así, la actividad paródica dada su naturaleza esencialmente crítica tendería a su desaparición, lo que iría totalmente en contra del espíritu de la Constitución española que aboga por la libertad de expresión, el desarrollo de la cultura y el acceso a la misma por parte de

⁷⁴⁸ Comparte esta opinión, MEDIANO CORTÉS, Santiago, Lecciones de cátedra impartidas en la 1era. Edición del Master en Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III de Madrid, 2003-2004.

todos los individuos que conforman la sociedad.⁷⁴⁹ Como hemos dicho anteriormente, probablemente esta sea la opinión más acertada, pero la misma no termina de convencernos del todo dadas las interrogantes que se nos han venido planteando a lo largo de este estudio.

Y es que, ya que visto de esa perspectiva, para mayor abundamiento, volvemos a preguntarnos, ¿de cuántos compendios, resúmenes, traducciones, adaptaciones y demás obras derivadas verdaderamente útiles y beneficiosas para la enseñanza y la investigación nos habremos perdido por no haberlo autorizado así el autor de la obra preexistente? ¿Y no se habla aquí de inconstitucionalidad por vulneración del derecho de libertad de expresión o de creación? Además, como ya se dijera anteriormente, si nos fijamos, algunos supuestos –si bien muy pocos– que contempla nuestro TRLPI de alguna forma coartan la libertad de expresión y creación y esto casi nadie parece observarlo. De ahí, que no podamos entender que éstos han de ser los fundamentos de la existencia de la parodia, por el simple hecho de la naturaleza crítica de ésta. Después de todo, ya hemos dicho que la crítica puede llevarse a cabo de múltiples maneras sin tener que utilizar para tales efectos la obra preexistente.

Es por esto que, a nuestro juicio, no podemos más que concluir de la forma que ya habíamos adelantado anteriormente, esto es, que en realidad la parodia encuentra su base en su larga trayectoria histórica, dado que se trata de una figura que forma parte de nuestra cultura desde muy antiguo y al tratarse de una práctica común que afecta a los derechos de autor, el legislador entendió necesario regular las bases que habían de

⁷⁴⁹ En sentido parecido se expresa LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993. Págs. 118 y 119, quien entiende que someter a la parodia a la regla de solicitud de autorización que rige para otras obras en iguales condiciones como las adaptaciones o transformaciones, equivale a condenar a muerte, injustificadamente, a gran parte de este género y, con ella, a una forma de la libertad de crítica, sin perjuicio de lo cual el límite de parodia no excusa la injuria ni que se infiera un daño a la obra original o a su autor ni que se la aproveche para crear confusión con la obra parodiada.

regirla, ya que a pesar del arraigo de la referida figura en nuestro país, hasta antes del 1987 ningún cuerpo normativo se había encargado de abordarla.⁷⁵⁰

5. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PARODIA EN DERECHO COMPARADO

Como se ha puesto ya de manifiesto en este estudio, la parodia es una figura que ha ido evolucionando a través del tiempo y que no es reconocida universalmente de la misma manera. De entre los países que la han aceptado tradicionalmente algunos la han incorporado en sus cuerpos legislativos y otros no, pero todos han tenido que enfrentarse a ella y decidirse por su aceptación o rechazo. Veamos, pues, a grandes rasgos la situación actual de esta figura en las legislaciones que más pueden influir en cierta forma en nuestro derecho, esto es, la de los principales países de Europa, América Latina y la de los Estados Unidos.

5.1. Europa

En lo referente a la situación de la parodia en el resto de los países de Europa, sin ánimo de analizar exhaustivamente los sistemas de los distintos países y sin ningún criterio selectivo específico, empecemos nuestro breve estudio con el Reino Unido, el cual nunca ha contado con una excepción específicamente dedicada a la parodia. En efecto, entre los límites que se incorporaron a su Ley de derechos de autor, diseños y patentes

⁷⁵⁰ Sin perjuicio de lo anterior, debemos insistir y repetir que esta no es la opinión generalmente aceptada por la doctrina la cual, como ya se ha puesto de manifiesto, sostiene que este límite encuentra su apoyo en la libertad de expresión y creación, así como en el fomento de la cultura. De hecho, la propia jurisprudencia tiende por lo general a ser de igual opinión. De ahí, que en adelante, a pesar de nuestras discrepancias con este punto de vista, entendamos prudente abordar ciertos aspectos del tema teniendo en cuenta la perspectiva preponderante.

de 1911, la parodia no estaba. No obstante, con base en el *fair dealing*,⁷⁵¹ la parodia ya se había reconocido desde 1894 como forma de crítica, que quedaba definida según su originalidad y el propósito de su autor.⁷⁵² A partir de entonces, y en base a la referida doctrina, dado que sigue sin existir un límite de parodia de forma explícita en la legislación de dicho país, los tribunales han venido exigiendo que la parodia no reproduzca “una parte sustancial de la obra utilizada”, lo cual, evidentemente, es difícil de delimitar y restringe enormemente la posibilidad de acudir a la figura de la parodia como excepción a la hora de utilizar obras protegidas.⁷⁵³

Por otra parte, en la legislación italiana sobre propiedad intelectual no se hace ningún tipo de mención expresa sobre la parodia. De hecho, como indica FABIANI, nunca ha sido incluida en ninguna de las leyes sobre la materia habidas en dicho país desde 1865, a pesar de que ha sido objeto de numerosos debates y de que hubo firmes intentos de incluirla en la preparación del texto legislativo de 1882.⁷⁵⁴ Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y aún la escasa jurisprudencia han terminado por admitir que la misma

⁷⁵¹ Se trata de una doctrina similar, aunque no idéntica, a la del *fair use* de los Estados Unidos. A diferencia de lo que sucede en este último país, el *fair dealing* no está definido por la ley, por lo que sólo cabe buscar una orientación en las decisiones de los tribunales y los tratados académicos. Muchas de las sentencias en las que se analiza el *fair dealing* han adoptado un enfoque razonable por lo que se refiere a su ámbito de aplicación. El Tribunal de Apelación, en el caso *Hubbard v. Vosper* [1972] 2 QB 84, 94, fue particularmente generoso al delimitar dicho ámbito: a) la defensa no se limita a las obras publicadas, sino que puede aplicarse a la publicación de obras no publicadas; b) el *fair dealing* es una cuestión de grado y tiene que basarse en una impresión, por lo que el tribunal debe examinar el número de extensión de las citas y fragmentos; c) es el uso para comentar, criticar o revisar como opuesto al uso competitivo; y d) si el demandado tiene las defensas razonables de *fair dealing* e interés público, no se le debería impedir la publicación de la información con una medida cautelar porque dicho demandado “si tiene razón, tiene derecho a publicarla: y la ley no intervendrá para suprimir la libertad de excepción excepto cuando se utilice indebidamente”. Vid. SUTHERSANEN, Uma, “El derecho de autor como motor de la libertad de expresión: Una perspectiva inglesa”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008.

⁷⁵² GREDLEY, Ellen y SPYROS, Maniatis, “Parody: A Fatal Attraction? Part I: The Nature of Parody and its Treatment in Copyright”, EIPR, N°7, 1997, Pág. 341.

⁷⁵³ SCHROEDEL, Mona, “You must be joking: Parody and the Law”, en *Fair Copy Newsletter*, Issue 9, Manches, Londres, 2008, Pág. 3.

⁷⁵⁴ FABIANI, Mario, *Il diritto d'autore nella giurisprudenza*, 2da. Edición, Padova, Cedam, 1972, Pág. 42.

tiene cabida en el artículo 4 de la Ley de 22 de abril de 1941, referido a la obra derivada.⁷⁵⁵

En sentido parecido la Ley alemana carece de un precepto concreto en el que se hable de parodia y, como ha sucedido en muchos países, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que encargarse de definir la figura. A este respecto, gran parte de la doctrina, según los pronunciamientos de los tribunales, entiende que la parodia queda incluida en el artículo 24 de la ley de derechos de autor alemana,⁷⁵⁶ el cual establece que “*una obra independiente, creada mediante el uso libre de la obra de otra persona puede ser publicada y explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada*”.⁷⁵⁷ Sin embargo, existen otros doctrinarios que no han quedado satisfechos con dicha solución, sobre todo después del caso “*Disney*”,⁷⁵⁸ donde se estimó ilícita la utilización de los personajes Goofy y el Pato Donald, que habían sido utilizados con pequeñas modificaciones en un contexto distinto al que habitualmente suelen venir representados.

En el referido caso se rechazó la existencia de parodia en una polémica decisión en la que, si bien el tribunal entró en el fondo identificando todos los problemas de la parodia, no les dio una solución convincente.⁷⁵⁹ En definitivas cuentas, según la sentencia dictada en el referido caso, la libre utilización de una obra sin regulación especial en una

⁷⁵⁵ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, nota al pie de página 1335, Pág. 460. A efectos de lo anterior, el indicado artículo 4 de la Ley italiana de derecho de autor establece lo siguiente: “*Sin perjuicio del derecho existente sobre la obra originaria, es también protegible la elaboración de carácter creativo de la obra propia, como la traducción a otra lengua, las transformaciones a otra forma literaria o artística, las modificaciones y adiciones que constituyan una renovación sustancial de la obra originaria, adaptaciones, reducciones, y compendios, las variaciones no constituyen obra original.*” La traducción al castellano es nuestra.

⁷⁵⁶ *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, de 9 de septiembre de 1965 (BGBl. I, S. 1273).

⁷⁵⁷ No obstante, es preciso destacar que el segundo párrafo del indicado artículo viene a establecer que el párrafo anterior no tiene validez alguna en caso de la utilización de una obra musical, a través de la cual la melodía de la obra utilizada pueda resultar reconocible como base de la nueva obra.

⁷⁵⁸ Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 26 de marzo de 1971 (BGH GRUR 1971, 588, 589).

⁷⁵⁹ HEFTI, Ernst, *Die Parodie im Urheberrecht*, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1977, Pág. 19, citado en SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 90.

parodia, frente a otras formas de utilización de una obra ajena, es excepcional – y es necesario tomar en cuenta las particularidades del caso.

En Francia, por su parte, a pesar de que la parodia no se incluyó en la legislación de derechos de autor hasta el año 1957, se trataba de una figura que venía siendo definida jurisprudencialmente desde hacía mucho tiempo atrás,⁷⁶⁰ de forma que el concepto se fue desarrollando cada vez más a través del tiempo. La Ley francesa señala en su artículo L. 122-5, 4º que una vez que la obra ha sido divulgada el autor no puede prohibir la parodia, la imitación, ni la caricatura, teniendo en cuenta las normas del género. Como vemos, de esta forma la parodia en Francia queda establecida como un límite, cuya licitud se supedita a que la obra se encuentre divulgada y a que se sujete a las normas del género, que en definitiva se ha de referir a los usos honrados.

Por lo demás, es preciso destacar un caso muy interesante en Europa, esto es, el de Portugal, en el cual la parodia viene reconocida en el artículo 2.1.n) de su Código de Derecho de Autor y de Derechos Conexos la cual, bajo la rúbrica de “Creaciones originales”, viene a establecer lo siguiente: 2.1. *Las creaciones intelectuales del ámbito literario, científico y artístico cualquiera que sea su genero, forma de expresión, mérito, modo de comunicación u objetivo, incluyendo: (...) n) Parodias y otras composiciones literarias o musicales, no obstante estar inspiradas en un tema o motivo de otra obra... ”*. Así pues, vemos que, en Portugal, la parodia no se establece como límite, sino que viene recogida de forma directa dentro del listado de obras susceptibles de protección, siempre que cumpla con los requisitos que la Ley establece para la

⁷⁶⁰ Según el *Annuaire de propriété industrielle, artistique et littéraire* de 1879 y 1886, Págs. 352 y 239 respectivamente, las sentencias más antiguas en esta materia de las que tenemos conocimientos son las del Tribunal de Comercio de la Seine de 26 de agosto de 1886, que trataba sobre la parodia de una canción y la del Tribunal Civil de la Seine de 12 de junio de 1879, en la que se decidía sobre la parodia de una obra pictórica.

protección de las mismas. De esta manera podría suponerse que el parodista requiere de la autorización del autor de la obra preexistente para llevar a cabo la parodia.”⁷⁶¹

5.2. Estados Unidos de Norteamérica

En los Estados Unidos existe una cierta inseguridad jurídica sobre la licitud de la parodia, ya que la misma nunca ha sido codificada en ninguna de las leyes de derecho de autor de dicho país y los parámetros para determinar si estamos o no ante una parodia lícita han de ser interpretados en virtud de la doctrina del *fair use*, que, como hemos visto, no establece límites concretos a los derechos de autor, sino que simplemente viene a enumerar una serie de factores que comprueban si determinado uso de una obra ha sido realizado de forma justa o no.

Esta especie de inestabilidad llama poderosamente la atención teniendo en cuenta que los Estados Unidos es probablemente a día de hoy el país que más ha trabajado con este límite y en el que más casos al respecto se han suscitado. Sin embargo, dadas las peculiaridades del sistema, el parodista nunca sabe si la creación de una obra paródica podrá ser considerada o no como un uso justo. Y es que, como mencionábamos anteriormente, el Tribunal Supremo ha terminado por resolver que una parodia puede entenderse *fair use*, pero ha declinado proporcionar ningún otro tipo de orientación adicional.⁷⁶² Simplemente se ha limitado a afirmar, en la que quizás sea la sentencia más importante y completa de los Estados Unidos con relación a la actividad paródica, esto

⁷⁶¹ DIETZ, Adolf, *El derecho de autor en España y Portugal*, traducción de LÓPEZ SÁEZ, R. Eugenio, Ministerio de Cultura, Madrid, 1992, Pág. 32. No obstante, DE OLIVEIRA ASCENSAO, José, *Parecer sobre a proposta de Lei N.º 108/IX – Transposição da Directiva N.º 2001/29, de 22 de Maio*, ADPI, Lisboa, 2004, Págs. 6 y 7, sostiene que las parodias son obras radicalmente distintas y por eso libres, aunque reconoce igualmente que puede alegarse que ello no impide la necesidad de recabar la autorización del autor de la obra parodiada.

⁷⁶² *Campbell v. Acuff-Rose Music, United States Supreme Court, 510 U.S. 569 (1994).*

es, la del caso *Campbell v. Acuff-Rose Music*, que para que una determinada parodia se considere dentro de los supuestos del *fair use* hay que sujetarse a las circunstancias particulares de cada caso en concreto.⁷⁶³

El referido caso en particular dio mucho de qué hablar con relación a la transformación hecha por parte de un grupo de *rap* de la famosa canción de Roy Orbison “*Oh, Pretty Woman*”. La melodía de la canción era la misma, aunque con ciertas modificaciones, y se había copiado un verso íntegro de la letra. El tribunal revocó la sentencia sumaria a favor del demandado, pero no afirmó que la parodia fuera *fair use*, sino que lo dio a entender en términos bastante generales.

Ante este panorama, considerables casos de parodia en los Estados Unidos, como muchos otros casos en los que se trata de obras derivadas, terminan por resolverse de forma extrajudicial a través de acuerdos transaccionales.⁷⁶⁴

5.3. América Latina

*La legislación iberoamericana en el campo de los límites a los derechos de los autores es de una gran parquedad legislativa en el trámite jurídico de la parodia.*⁷⁶⁵ De hecho, en algunas legislaciones ni siquiera se hace mención expresa de esta figura. Dentro de

⁷⁶³ WINSLOW, Anastasia, “Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody and *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*”, *Southern California Law Review*, Vol. 69, n° 2, enero, 1996, Págs. 767 y siguientes.

⁷⁶⁴ En palabras de MCLEOD, Kembrew, *Freedom of expression: Overzealous copyright bozos and other enemies of creativity*, Random House, USA, 2005, Págs. 116 y 117, “*apoyados en baúles de guerra de millones de dólares los titulares de derechos de propiedad intelectual [refiriéndose a las grandes compañías discográficas] pueden aplastar y eliminar los comentarios no favorecedores al intimidar a aquellos quienes no pueden permitirse una larga batalla legal (que es la mayoría de nosotros).*”

⁷⁶⁵ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Pág. 421.

este último supuesto cabe destacar, por ejemplo, las legislaciones de Cuba, Panamá y Venezuela.⁷⁶⁶

Otras legislaciones, como la nicaragüense, sí hacen mención expresa de la figura de la parodia, pero lo hacen de forma bastante sucinta sin referirse en forma alguna a posibles daños o perjuicios. Así, la legislación de Nicaragua establece únicamente lo siguiente: *“no será considerada transformación que exija la autorización del autor la parodia de una obra divulgada”*.⁷⁶⁷

O bien nos podemos encontrar con países como Brasil, que en sus legislaciones hacen referencia a la parodia de forma igualmente sucinta pero poniendo ciertos requisitos para su licitud. Así, el artículo 50 de la Ley Brasileña establece que son libres las paráfrasis y las parodias siempre que no sean verdaderas reproducciones de la obra preexistente ni la desacrediten.⁷⁶⁸

En otros casos, como el de la República Dominicana, la única referencia que se hace a la figura de la parodia es en el artículo 11 de la Ley Derecho de Autor⁷⁶⁹ que viene a establecer que: *“La persona que, tomando una obra de dominio público la traduzca, adapte, arregle, transporte, modifique, compendie, parodie o extracte de cualquier manera su contenido, es titular exclusivo de su propio trabajo, pero no podrá oponerse a que otros traduzcan, adapten, arreglen, transporten, modifiquen o compendien la misma obra, siempre que sean trabajos originales, distintos del suyo, sobre cada uno de los cuales se constituirá un derecho de autor en favor de quien lo produce.”* De esta forma, se equipara a la parodia con los supuestos de transformación y obra derivada,

⁷⁶⁶ Véanse respectivamente la Ley Cubana N° 14 sobre Derecho de Autor de 28 de diciembre de 1977, la Ley Panameña N° 15 de Derecho de Autor de 1994 y la Ley Venezolana sobre el Derecho de Autor del 14 de agosto de 1993.

⁷⁶⁷ Véase en este sentido el artículo 37 de la Ley nicaragüense N° 312 de 26 de agosto de 1999.

⁷⁶⁸ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993, Pág. 119.

⁷⁶⁹ Ley Dominicana sobre Derecho de Autor No. 65-00 del 21 de agosto de 2000 (Gaceta Oficial N° 10056 del 24 de agosto de 2000).

aunque curiosamente tal derecho no viene reconocido dentro de los derechos de explotación que la referida Ley prevé.

De forma similar se expresa la Ley de Derechos de Autor de Costa Rica,⁷⁷⁰ que contempla a la parodia no como un límite, sino como una obra derivada de la misma naturaleza que la adaptación, traducción, modificación, compendio o extracto, por lo que, en caso de que la obra perteneciera a la esfera privada, como todo derecho de transformación, es necesario recabar la debida autorización del titular del derecho correspondiente.

De la misma manera, Colombia también contempla a la parodia como un derecho patrimonial⁷⁷¹. Así, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 23 de 1982, *“el que con permiso expreso del autor o de sus causahabientes adapta, transporta, modifica, extracta, compendia o parodia una obra del dominio privado, es titular del derecho de autor sobre su adaptación, transporte, modificación, extracto, compendio o parodia”*. Por otra parte, de acuerdo con dicha Ley “si para realizar la obra conceptuada como parodia, se utiliza una que se encuentra en el dominio público, la única restricción que surgirá será la de compatibilizar su creación con obras que se singularicen y, pese a haber acudido a la misma fuente, se conviertan en trabajos originales.”⁷⁷²

Así, vemos que tanto la legislación de Colombia como la de Costa Rica no entienden a la parodia como un límite y la consideran explícitamente como una transformación de una obra sujeta a la autorización del autor de la obra preexistente. En el mismo sentido se expresan las legislaciones nacionales de Argentina y Uruguay.

⁷⁷⁰ Véase en este sentido el artículo 8 de la Ley Costarricense N° 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en su redacción dada por el artículo 1 de la ley No. 7397 del 3 de mayo de 1994.

⁷⁷¹ Véanse en este sentido los artículos 15 y 16 de la Ley Colombiana N° 23 de Derecho de Autor de 28 de enero del año 1982.

⁷⁷² FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, Págs. 421 y 422.

Por otra parte, otros países como Ecuador y Perú incluyen en sus legislaciones conceptos de parodia bastante similares al que disponemos en España, pero con ciertas matizaciones.

Así, la Ley ecuatoriana de Derechos de Autor establece lo siguiente: *“Siempre que respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios al titular de los derechos, son lícitos, exclusivamente, los siguientes actos, los cuales no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna: [...] j) La parodia de una obra divulgada, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor, o del artista intérprete o ejecutante, según el caso”*.⁷⁷³

Vemos, pues, que la Ley ecuatoriana considera a la parodia en relación a una obra divulgada y repite los requisitos impuestos por nuestra legislación, de no causar riesgo de confusión con la obra originaria, ni perjuicio a ésta última o a su autor. No obstante, esta Ley establece de forma expresa que la parodia no está sujeta a ningún tipo de remuneración.

De forma más semejante aún se expresa la Ley peruana cuando establece que: *“No será considerada transformación que exija autorización del autor la parodia de una obra divulgada mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor y sin perjuicio de la remuneración que le corresponda por esa utilización”*.⁷⁷⁴

Como puede apreciarse de la simple lectura de este artículo, la única diferencia entre dicha norma y lo dispuesto al respecto en nuestro TRLPI, es que la Ley peruana agrega

⁷⁷³ Véase en este sentido el artículo 83.j) de la Ley Ecuatoriana de Propiedad Intelectual N° 83 de 8 de mayo de 1998.

⁷⁷⁴ Artículo 49 de la Ley Peruana sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo N° 822 del año 1996.

un matiz económico al precepto, de manera que el autor de la obra preexistente recibe una remuneración por la utilización de su obra.

Teniendo en cuenta todo cuanto acontece, y sobre todo las legislaciones que consideran a esta figura como un supuesto más de transformación que requiere de la autorización expresa del autor de la obra preexistente o bien aquellas que reconocen a este último una compensación económica por el uso de su obra, no parece, desde ya, tan descabellada la postura que más adelante defenderemos sobre la necesidad de recabar autorización para la explotación de la parodia mas no para su creación.⁷⁷⁵

6. LA PARODIA COMO OBRA DERIVADA

“La parodia es imitación y es reproducción, es modificación y creación, y todo ello nos lleva a afirmar que es un supuesto de obra derivada producto de la transformación de una obra originaria.”⁷⁷⁶ De ahí, que gran parte de la doctrina acepta a la parodia como obra resultante de una transformación en los términos del artículo 21.1 del TRLPI, y por lo tanto, como obra derivada.⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ Sin perjuicio de lo anterior, debemos destacar igualmente, que no es tampoco descabellada la postura sostenida de contrario por la generalidad de la doctrina. A nuestro juicio y como se verá más adelante, existen razones válidas para fundamentar ambos extremos aunque, por nuestra parte, nos inclinemos más hacia la necesidad de recabar autorización para la explotación de la parodia.

⁷⁷⁶ SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág.176.

⁷⁷⁷ Ver por todos, ESPÍN CÁNOVAS, D., *Fundamento y protección del derecho de autor en las obras de arte*, Discurso de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1995, quien también lo pone de manifiesto en su obra *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996, Pág. 142. En el mismo sentido, para la doctrina extranjera puede consultarse a SHAUGHNESSY, R. J., “Trademark Parody: a Fair Use and First Amendment Analysis”, *Virginia Law Review*, Vol. 72, N° 6, Septiembre de 1986, Pág. 1079 quien sostiene que la parodia es a la vez una obra creativa y derivativa. Véase también en este sentido, COLOMBET, Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 8ª Ed., Dalloz, París, 1997, Pág. 177 y a HARRIES, Dan, *Film Parody*, British Film Institute, Londres, 2000, Pág. 6, quien define a la parodia como “el proceso de re-contextualizar un objetivo o texto fuente a través de la transformación de sus elementos textuales (y contextuales) creando, por ende, un nuevo texto.”

No obstante lo anterior, se trata de un debate complejo, ya que juega con varios conceptos, y hay quienes opinan que no existe transformación alguna, por lo que no habría entonces obra derivada. En efecto, existe un sector de la doctrina que defiende que la parodia no es transformación, por lo menos de conformidad con la Ley española, pues opinan que el artículo 39 del TRLPI crea una presunción *iuris et de jure* para que no haya dudas sobre la no inclusión dentro del concepto de transformación de la parodia.⁷⁷⁸ Afirman, pues, que la parodia se desplaza fuera del concepto de transformación.⁷⁷⁹

Sin embargo, nos inclinamos por favorecer a la parte de la doctrina que opina de manera diametralmente opuesta, ya que entendemos que la propia dicción del artículo 39 del TRLPI parece evidenciar tal argumentación. El artículo en cuestión comienza así: “No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia...”. O dicho a la forma de SOL MUNTAÑOLA, “la parodia será considerada transformación que no exige el consentimiento del autor”. Por lo tanto, es transformación.⁷⁸⁰ Y como se sabe, el resultado de una transformación es una obra derivada. Es decir, no podemos quedarnos a medio camino de la lectura del artículo 39 del TRLPI, que al final de

⁷⁷⁸ Vid. BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 422.

⁷⁷⁹ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, Pág. 481. También en contra de considerar a la parodia como obra derivada aunque no de manera tan tajante como se expresa SÁNCHEZ ARISTI, la profesora DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39 de la Ley de Propiedad Intelectual” en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, Vol. 4º A, Edersa, Madrid, 1994, Pág. 632, la considera como un *tertium genus* entre las obras derivadas y las originales, ya que, a su modo de ver, su lugar es intermedio “*puesto que, sin serlo del todo, tiene ciertas dosis de originalidad y, teniendo alguna de las características que hacen a una obra derivada, sin embargo, la labor creativa que conlleva es de mayor envergadura que la mayor parte de éstas. De hecho, consciente o inconscientemente, así lo ha considerado nuestra LPI, cuando le da un lugar propio, fuera de los elencos de las obras originales y derivadas, y le da un tratamiento también diferente al que reciben ambas*”. No obstante lo anterior, no podemos estar de acuerdo con esta postura, toda vez que a nuestro modo de ver las cosas y como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, todas las obras, independientemente del tipo de que se trate, para ser consideradas como tal deben de ser originales. A este respecto véase también la nota al pie 782 debajo.

⁷⁸⁰ SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág.178.

cuentas lo que viene a decirnos es que estamos en presencia de una transformación, pero que la misma no requiere del consentimiento del autor de la obra que pretende parodiar.

Y es que, tal y como señala PERDICES HUETOS, a la parodia le cuadra perfectamente la definición resultante de los artículos 11.5 y 21.1 del TRLPI en el sentido de ser una “modificación” en la “forma [de otra obra] de la que se deriva una obra diferente”.⁷⁸¹

Así pues, nuestro TRLPI se cuida de proteger tanto a las obras originales⁷⁸² como a las derivadas.

Como hemos visto, el artículo 11 del TRLPI cuando hace referencia a las obras derivadas establece lo siguiente: *“Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: (...) 5º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.”* Como queda claramente evidenciado, este artículo, al igual que el artículo 21.1 que se expresa de forma similar,

⁷⁸¹ PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 25.

⁷⁸² A propósito de esto y de lo que ya se apunta en la nota al pie número 779 anterior, hemos de destacar que el término correcto sería “obras preexistentes” o bien referirse a la obra “originaria” tal y como hemos tratado de utilizar a lo largo de este estudio, ya que toda obra para tener dicha calificación debe ser forzosamente original en los términos del artículo 10 del TRLPI que establece que “son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte...”. A continuación, el referido artículo hace una enumeración abierta de las obras que son objeto de propiedad intelectual, pudiendo abarcar cualquier obra que por su expresión artística resulten auténticos, únicos, originales. A nuestro entender, resulta errónea la interpretación que hacen algunos autores de que la parodia y en general las obras derivadas no son originales por no estar incluidas en el listado del artículo 10 (Vid. Por todos DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 675). Es un requisito imprescindible para toda obra, sea derivada o no, que la misma sea original. La palabra “original” según el Diccionario de la Real Academia Española tiene varias acepciones, de las que para nuestros fines nos interesan dos, a saber: “1.-Adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género que resulta de la inventiva de su autor. 2.-Dicho de cualquier objeto que ha servido de modelo para hacer otro u otros iguales a él”. A los efectos de este estudio, en los casos en los que se nos escape utilizar la palabra “original” en lugar de “preexistente” u “originaria” será para indicar a la obra que ha servido de modelo a la parodia o bien a la obra derivada que se trate. De todas formas, para un estudio pormenorizado sobre el concepto de originalidad, vid. ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, “El concepto de originalidad en el derecho de autor”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Págs. 55 – 94, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999.

recalca que las obras derivadas significan la modificación de una obra preexistente.⁷⁸³ Y es evidente que la parodia no es más que eso.

Así, nos parece claro que en el caso de la parodia “se está ante una obra derivada, resultado de la transformación de una obra preexistente sin la cual es conceptualmente inconcebible, y cuya única peculiaridad respecto al resto de obras derivadas, es la innecesariedad del consentimiento del titular de la obra original para su ejecución.”⁷⁸⁴ Y es que “la parodia no deja de ser una transformación que en atención a su función en el mercado artístico excepciona la regla que de otro modo le sería de aplicación. Recalcar ese carácter excepcional precisamente ayuda a fijar los severos límites de su admisibilidad. Como gráficamente dice la ley suiza de propiedad intelectual, se trata de “obras de segunda mano” (artículo 3 URG 1992), y de hecho, como hemos visto, el propio artículo 39 del TRLPI habla de la parodia como de una transformación que no exige el consentimiento del autor. Y no se diga para negarle el carácter de mera obra derivada que la aportación del parodista es tal que excede lo propio de tales obras; muy por el contrario, hay que matizar que sólo de obra derivada se puede hablar –y no de simple copia- cuando existe una transformación apreciable de la obra de la que se parte de tal modo que en la misma se manifieste una aportación del autor sucesivo, un esfuerzo creativo o del ingenio apreciable por quien percibe la obra originaria.”⁷⁸⁵

⁷⁸³ A favor de que la parodia conlleva la transformación de una obra preexistente se expresa también DENTITH, Simon, *Parody*, Routledge, Londres y Nueva York, 2000, Pág. 3, cuando dice: “...la parodia conlleva la imitación y transformación de la obra de otro.”

⁷⁸⁴ PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 25. Es preciso señalar que este autor sostiene que la parodia también se distingue del resto de obras derivadas en la inexistencia de remuneración a favor del parodista. Sin embargo, como se verá más adelante, no podemos estar del todo convencidos de esta postura, toda vez que entendemos que el límite de la parodia opera únicamente sobre la necesidad de obtener la autorización del autor para llevar a cabo la parodia, pero no sobre los derechos de explotación que subsisten a tal límite.

⁷⁸⁵ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 25.

En definitiva, la parodia es reelaboración de una obra determinada de la que surge una obra derivada. El resultado es una obra diferente, original, autónoma e independiente de la originaria.⁷⁸⁶ Y es que a fin de cuentas lo que consigue que la obra paródica sea una figura tan especial es precisamente el hecho de que, además de tomar partes o toda la otra obra preexistente, la critica duramente y la reelabora de forma singular.⁷⁸⁷ A este respecto, cabe destacar que en caso de que la aportación del parodista no sea lo suficientemente original, entendemos que el resultado no sería, pues, una obra derivada y, por lo tanto, el límite de la parodia no subsistiría. En tales supuestos, lo más probable sea que nos hallemos ante una reproducción no autorizada con un más que factible daño al derecho moral a la integridad de la obra. En todo caso, como ya sabemos, habrá que atender a las circunstancias concretas de cada caso.

7. RELACIÓN DE LA PARODIA CON OTRAS FIGURAS

A fin de comprender aún mejor la figura que nos ocupa conviene en este estudio, que a continuación pasemos a ilustrar ciertas figuras que guardan un cierto parecido con la parodia, ya sea jurídico o genérico, y que, a pesar de ser totalmente distintas, en múltiples ocasiones se asimilan a la actividad paródica.

⁷⁸⁶ En este mismo sentido, aunque no desde un punto de vista legal sino más bien desde la perspectiva de la teoría literaria, se expresa GENETTE, Gerard, *Palimpsestos. La literatura en segundo grado*, traducción castellana de FERNÁNDEZ PRIETO, Celia, Taurus, Madrid, 1989, Pág. 496, cuando restringe el significado del término parodia para poder distinguirlo de las demás prácticas que le son afines, y además viene a establecer un modelo por el cual toda relación hipertextual (en la que un texto deriva de otro) es siempre de imitación o transformación, lo cual da siempre el primer lugar (aún cuando sea sólo desde la cronología) al hipotexto (obra preexistente) respecto del hipertexto (obra derivada), que siempre es visto como una especie de aditamento superpuesto al texto “original”, pero que se convierte en texto autónomo.

⁷⁸⁷ Vid. SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 178 y 179.

7.1. *Afinidad jurídica: El límite de cita*

Como hemos visto, el límite de cita, tal y como lo define el artículo 32 del TRLPI, se refiere a la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Es, por lo tanto, un límite a la facultad de autorizar la inclusión del autor de la obra citada, como facultad integrada en su exclusivo derecho de reproducción y que en algunos casos puede incluso considerarse, como hemos visto, como limitativa de la facultad de transformación.

Así, la parodia es una figura técnicamente próxima a la cita,⁷⁸⁸ pero formalmente bastante diferente. “En la parodia, el alcance de la transformación es mayor, pues el estrecho margen de maniobra impuesto a la cita es ampliamente desbordado en aquella, que precisamente se caracteriza por su capacidad impunemente transformadora, deformante y destructora. La posibilidad de transformar –y, en concreto, la forma típica que adopta esa transformación-, hace que el autor cuya obra se ha parodiado vea de la misma manera arbitrariamente afectados algunos de sus derechos morales. La cita es accesoria y no puede ser en sí misma un fin, cosa que no ocurre en la mayoría de las parodias, a no ser que éstas figuren en una obra como técnica o recurso

⁷⁸⁸ En el sentido de que en ambas se presupone la existencia de dos obras intelectuales, ambas limitan el derecho de transformación del autor de la obra preexistente, ambas deben ser realizadas partiendo de una obra divulgada y ambas se ven afectadas por la cantidad de material ajeno que se utilice.

complementario.”⁷⁸⁹ En definitiva, “la parodia afecta directamente la integridad de la obra, y a diferencia del límite de cita, el autor de la parodia no está obligado a usar sin ningún tipo de deformación el material originario. Muy al contrario, debe deformar el discurso, alterar la forma, para marcar la diferencia con la obra anterior.”⁷⁹⁰

En ocasiones se habla de proximidad entre una y otra figura en relación con la cantidad de material que puede utilizarse. No obstante, tal proximidad se diluye en este sentido, puesto que la cita que podría suponer la parodia, al no ser literal, sería difícilmente cuantificable.⁷⁹¹

Por otro lado, también existe proximidad en cuanto a la necesidad de supeditar el uso de la obra preexistente a una finalidad determinada. En la parodia la finalidad va implícita en el concepto mismo de parodia; esto es, la crítica a una obra concreta, y en la cita viene establecida en la Ley: los fines de investigación y docencia. No obstante, en nuestro país, la cita de la fuente y del autor de la obra utilizada, en la parodia, no es obligatoria. Y es que, en este tipo de obras derivadas, la obra originaria debe ser reconocida por el público al que va dirigida para que pueda tener tal consideración, por lo que, en cierta forma, tampoco resulta pertinente ni necesario hacer una alusión de ese tipo. En definitiva, mientras que en la cita la utilización de la obra preexistente debe ceñirse a la más absoluta fidelidad, en la parodia sucede todo lo contrario.⁷⁹²

⁷⁸⁹ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 192.

⁷⁹⁰ ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 281.

⁷⁹¹ De hecho, en palabras de LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006), Pág. 204, “cuanto más singular sea la obra parodiada, más fácil será evocarla sin copiar en demasía, quizás ni siquiera sea necesario copiarla.”

⁷⁹² Véase en este sentido lo establecido por SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 192 - 193.

7.2. *Afinidad genérica*

Como hemos podido ver, adentrarnos en el estudio de la parodia es un asunto complicado. Por una parte, en sentido general, la sociedad se ha encargado de ubicar dentro del concepto de parodia expresiones diversas que indican la crítica o el escarnio tanto de obras como de personajes públicos, costumbres o géneros artísticos. Por otra parte, la crítica literaria, en especial, nos muestra formas de su género muy próximas a la parodia, o de difícil distinción (sátira, caricatura, pastiche, burla...), ofreciendo, por lo tanto, un concepto específico para la parodia.⁷⁹³

Así, el primer problema que se plantea en materia de parodia, es que no sabemos a ciencia cierta qué es lo que queremos proteger legalmente cuando nos referimos a ella.⁷⁹⁴ El humor, el pastiche, la crítica, la caricatura, la burla, la sátira o una mezcla indefinida de todos o varios de tales conceptos son algunos de los contenidos que caben bajo el paraguas lingüístico de la voz parodia.⁷⁹⁵

Veamos, pues, algunos de estos supuestos.

⁷⁹³ Vid. MARTÍN SALAMANCA, Sara, “Comentario al artículo 39”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, Pág. 322.

⁷⁹⁴ En este sentido, MARKIEWICZ, N., “On the Definitions of Literary Parody”, en *To Honour Roman Jakobson. Essays on the Occasion of his 70th Birthday*, Vol. 2, Paris, The Hague, 1967, Págs. 1264 a 1272, analiza el concepto de parodia para demostrar las contradicciones que existen en el empleo de este término. En dicho artículo reúne opiniones totalmente distintas acerca de la diferenciación entre lo burlesco y lo paródico, el travestimiento y el pastiche demostrando así la falta de claridad del término y la forma arbitraria en que muchas veces el mismo se emplea.

⁷⁹⁵ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 193 y 194. El referido autor ejemplifica la distinción entre todas estas figuras de manera bastante ilustrativa al expresar lo siguiente: “Pintar un cuadro a la manera de Miró o redactar una novela como lo hacía Kafka no es lo mismo que deformar los rasgos físicos de Kafka o de Miró, resaltando sus aspectos menos favorecidos o más llamativos. De la misma forma no es lo mismo escribir la biografía de Miró dándole un tono de humor en algún momento que escribir una crítica de arte sobre alguna de sus obras escarneciendo y maltratando satíricamente su obra, o criticar la obra *Metamorfosis* haciendo que el protagonista, un político conservador, sufra un cambio a lo largo de la obra llegando a convertirse en un defensor del Manifiesto de Marx.”

7.2.1. *La caricatura*

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, a propósito de la caricatura nos indica que se trata de un término proveniente del italiano que puede tener cualquiera de los significados siguientes: 1) *Dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien*; 2) *Obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto*;⁷⁹⁶ o 3) *Obra que no alcanza a ser aquello que pretende (despectivo)*.⁷⁹⁷

De esta manera, vemos que el concepto, al menos en principio, se refiere al dibujo burlón en el que se exageran los rasgos físicos de una persona, entendiéndola en un sentido amplio, en el que se incluyen no sólo los supuestos típicos de caricatura hecha con lápiz y papel, sino también los supuestos de caricatura a través de ordenador y fotomontaje.

Al menos así parece entenderlo la jurisprudencia cuando establece lo siguiente:

“En cuanto al concepto de «caricatura», es cierto que su primera acepción en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, como «dibujo satírico en que

⁷⁹⁶ En línea parecida a esta definición se expresa ÍÑIGUEZ BARRENA, Francisca, *La parodia dramática, naturaleza y técnica*, Universidad de Sevilla, 1995, Pág. 16, cuando establece que la caricatura es la exageración que extrae del conjunto de una cosa un rasgo aislado, cómico, pero que, antes, mientras formaba parte de la totalidad de dicho conjunto, pasaba desapercibido.

⁷⁹⁷ A estos efectos resulta también ilustrativo lo dispuesto en V.V.A.A. Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation. La referida fuente, con relación a la voz “Caricatura” establece lo siguiente: “retrato, u otra representación, que exagera los rasgos físicos o faciales, o bien el comportamiento, la vestimenta o los modales característicos de un individuo, con el fin de producir un efecto grotesco. La caricatura (del italiano caricare, ‘cargar’, ‘exagerar’) puede ser también el medio de ridiculizar situaciones e instituciones políticas, sociales o religiosas, y los actos de grupos o clases sociales. En este caso, suele tener una intención satírica más que humorística, con el fin de alentar el cambio político o social. La forma más común de las caricaturas políticas y sociales es la viñeta. Si bien el término caricatura es extensible a las exageraciones por medio de la descripción verbal, su uso queda generalmente restringido a las representaciones gráficas.

En América Latina se denomina también caricatura a los cortometrajes de dibujos animados. La caricatura, en su sentido moderno, nació en Bolonia a finales del siglo XVI, en la escuela de arte fundada por una familia de pintores, los Carracci. Los estudiantes de esta academia se divertían haciendo retratos de los visitantes bajo la apariencia de animales u objetos inanimados. El grabador Pier Leone Ghezzi, que trabajaba en Roma, continuó esa tradición y, por un módico precio, caricaturizaba a los turistas. Lo que estos artistas italianos hacían eran retratos humorísticos para uso privado y casi nunca resultaban satíricos o maliciosos.”

se deforman las facciones y el aspecto de alguna persona», puede resultar un tanto estrecha, a los efectos de aplicación de la Ley Orgánica 1/82 de acuerdo con la realidad social, si por limitarla a los dibujos se excluyen las composiciones o montajes fotográficos, pues la acelerada expansión de la fotografía digital y de los programas informáticos de tratamiento de la imagen, hasta llegar a su actual divulgación al alcance del gran público, es un factor determinante de que, en el ámbito jurídico, no sean en absoluto descartables las caricaturas mediante composiciones fotográficas.

Ahora bien, en lo jurídico tampoco puede desdeñarse la importancia de ese mismo factor, evidentemente beneficioso en lo artístico, lo profesional o el puro entretenimiento, como correlativo a una creciente facilidad para dañar la imagen de las personas mediante la composición o el montaje fotográfico, de suerte que en modo alguno cabría sostener que por la difusión y popularización de las técnicas del fotomontaje habría disminuido la protección del derecho fundamental a la propia imagen, pues la adecuación al uso social, contemplada en el precepto de que se trata, es lo opuesto a un uso socialmente inadecuado por repetido que sea. Dicho de otra forma: la facilidad técnica para dañar ilegítimamente el derecho de las personas a su propia imagen, y la correlativa frecuencia con que se produzcan intromisiones en esos mismos derechos, no son factores que por sí mismos puedan legitimar tales intromisiones.”⁷⁹⁸

Ahora bien, en sentido práctico, el concepto de caricatura es mucho más amplio y puede extenderse hasta alcanzar el de sátira, en donde lo que se pretende es censurar

⁷⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo número 185/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 7 de marzo de 2006 [RJ 2006\1579].

ásperamente o poner en ridículo a personas, y no necesariamente a través del dibujo o cualquier otra arte plástica.⁷⁹⁹

De esta manera, como bien apunta DÍAZ ALABART, resultan frecuentes asimismo las denominadas caricaturas de situación en las que se ponen de relieve los comportamientos, costumbres o usos de personajes de la vida pública, artistas, políticos, deportistas, y cualquier otra persona que por algún motivo tenga relevancia en la vida pública, nacional o internacional. La técnica utilizada es la de lograr la mayor aproximación posible al físico de la persona imitada. Esto se consigue a base de caracterización, es decir, copiando su modo de vestir, su tono de voz, sus gestos más personales, pero exagerando todos estos elementos, de modo que tratándose de alguien popular, el contraste entre la actuación en la vida real del personaje imitado y la caricatura realizada inciten a la risa de los espectadores. Se reconoce perfectamente la personalidad del caricaturizado, pero distorsionada cómicamente por el espejo de feria que constituye la actuación de quien la caricaturiza.⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, Pág. 170.

⁸⁰⁰ Vid. DÍAZ ALABART, Silvia. “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 673 y 674.

A este respecto, debemos hacer una salvedad muy importante, y es que para algunos autores cuando se ridiculiza una interpretación concreta, estamos ante una parodia y no de una caricatura, lo que para nosotros carece de fundamento. Ciertamente es que hoy en día prácticamente ningún jurista niega la inclusión de los intérpretes y ejecutantes en el ámbito jurídico de la propiedad intelectual, y su protección como muy próxima, al menos, a la de los autores. El trabajo de aquellos es también intelectual o artístico, su interpretación o ejecución es igualmente expresión de la personalidad del artista, la protección jurídica que merecen tiene notable paralelismo con la del autor. El objeto de la tutela es muy próximo: el resultado objetivado de una actividad intelectual o artística, que satisface necesidades espirituales, culturales de la sociedad (Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Interpretación y obra derivada” en ROGEL, Carlos (coord.) *Interpretación y autoría*, Reus, Madrid, 2004, Pág. 98). De ahí, que los artistas intérpretes o ejecutantes, aunque no hayan creado la obra, al interpretarla la recrean, aportándole su personal forma de hacer, lo que determina que la obra tenga variaciones según quién sea su intérprete. Por ende, hay quienes sostienen que al igual que puede parodiarse una obra musical, literaria o gráfica, puede parodiarse una interpretación o ejecución, con los medios habituales de ese género, reforzando hasta la exageración los “tics” o modos personales de cada intérprete, creando así una parodia por contraposición con la seriedad profesional con que estos realizan habitualmente sus intervenciones (Vid. en este sentido a DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 673). Ahora bien, a

Así las cosas, vemos que la caricatura constituye una figura muy cercana a la parodia, aunque no lo sea en sentido estricto, ya que no se realiza sobre una obra preexistente, sino sobre una persona determinada y su actuación en la vida real.⁸⁰¹ La actividad caricaturesca alcanza los aspectos externos, aparentes o físicos, y la deformación se produce por la exageración hacia la ridiculización, mientras que en la parodia se alcanza la esencia, el espíritu de las cosas, su significado y contenido expresivo.⁸⁰²

En este sentido, a pesar de que a nuestro entender puede que le sean aplicables analógicamente las normas de parodia pues son muchos los supuestos en común, hay que advertir que existen a la vez grandes diferencias con lo dispuesto en el artículo 39 del TRLPI. Aquí no puede existir un choque entre los derechos del autor de la obra originaria y los del parodista porque no se parodia algo susceptible de protección por el TRLPI, pero no cabe duda de que sí existe un conflicto entre la libertad de expresión, encarnada en la posibilidad de caricaturizar a estos personajes, y el derecho de estos últimos al honor y la propia imagen. Esto último quiere decir, que en nuestro sistema jurídico, a un supuesto como éste no le serán de aplicación las normas de propiedad intelectual, sino más bien las de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección

nuestro juicio, toda vez que las interpretaciones y/o ejecuciones establecidas en el Libro II del TRLPI no tienen la consideración de obras y teniendo en cuenta que los artistas intérpretes o ejecutantes no tienen, por ende, reconocidos el derecho de transformación, no podemos en ningún caso hablar de parodia cuando la ridiculización o la crítica se dirija a ellas puesto que la parodia es siempre el fruto de la transformación de una obra preexistente. Ciertamente es que el artículo 132 del TRLPI establece que las disposiciones contenidas en el Capítulo II del Título III del Libro I del TRLPI (esto es, los límites), se aplicarán, con carácter subsidiario a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en el Libro II. Ahora bien, es igualmente cierto que el citado artículo se cuida de establecer que tales disposiciones serán de aplicación de forma subsidiaria y en lo pertinente; particularidad esta última que no parece cumplirse en este caso.

⁸⁰¹ Vid. DÍAZ ALABART, Silvia. “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 673 y 674.

⁸⁰² Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 200.

civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.⁸⁰³ En efecto, el artículo 8.2.b) de dicha Ley⁸⁰⁴ limita la protección del derecho a la imagen cuando se trate de caricaturas hechas de acuerdo con el uso social.

Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia cuando al efecto establece lo siguiente: *“[...] tampoco cabe sostener, como en este motivo se pretende en definitiva, que en el género humorístico, jocoso o burlón quede legitimado cualquier contenido al amparo de la libertad de expresión. Que los límites en el ejercicio de este derecho son más amplios que en el de la libertad de información está claro, y así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en infinidad de ocasiones. Pero que esos límites existen, también está claro según la doctrina del mismo Tribunal; según, incluso, el planteamiento de la propia recurrente cuando defiende la legitimidad de la imagen de la demandante publicada en su revista por tratarse de una caricatura, pues el artículo 8.2.b) de la LO 1/82 condiciona precisamente la legitimidad de la caricatura a su adecuación al uso social; y en fin, desde luego, según el criterio de esta Sala en su sentencia de 14 de abril de 2000 (recurso núm. 2039/95 [RJ 2000, 2565]), que tras tomar en consideración la mayor permisividad en el humor gráfico declarada por la sentencia de 17 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3736), razonó sin embargo que «por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje*

⁸⁰³ La referida Ley se elaboró para desarrollar el artículo 18 de la Constitución española que consagra a los tres derechos referidos como fundamentales.

⁸⁰⁴ En lo que nos interesa, el referido artículo 8 establece de manera textual lo siguiente: “1. No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. 2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social [...]”

*objeto de burla o, dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así lo demuestra normativamente el propio artículo 8.2 b) al exigir que la utilización de la caricatura se adecue al uso social; y así lo demuestra, también, la doctrina del Tribunal Constitucional al apreciar intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o cómic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado «animus iocandi» se utiliza «precisamente como instrumento del escarnio».*⁸⁰⁵

De esta manera, visto lo dispuesto en el citado artículo 8.2.b) y partiendo del espíritu que en todo caso invoca la Ley Orgánica 1/1982, se desprende que para que este tipo de caricatura sea lícita sin la autorización del interesado, es preciso que el personaje caricaturizado sea un personaje público, y que lo que se critique sean precisamente sus rasgos o actuaciones que son públicamente conocidos. Por ejemplo, un determinado político se podrá caricaturizar por sus rasgos de carácter público, y por todo lo relacionado con su cargo, pero no será lícito que se caricaturice por aspectos de su vida que no haya sometido nunca voluntariamente a la atención pública,⁸⁰⁶ como pueden ser, por ejemplo, sus prácticas religiosas, sus actividades desarrolladas en la intimidad de su

⁸⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo número 185/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 7 de marzo de 2006 [RJ 2006\1579].

⁸⁰⁶ A este respecto, cabe resaltar la opinión de FAYOS GARDÓ, Antonio, “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista Indret nº 4/2007, Barcelona, 2007, Pág. 10, quien sostiene que “Las personas públicas no se equiparan totalmente a las privadas, recordemos que la jurisprudencia habla de que han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada o que ven reducida su esfera de intimidad. Ahora bien, “mayores intromisiones” no significa privarles de los derechos, no hay nada en la Constitución que legitime esta privación. Si lo revelado es innecesario para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional de la persona o la información que previamente ha difundido ‘ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas’ [STC 134/1999, Sala Primera, 15.7.1999, FJ 7º].”

hogar, relaciones afectivas privadas, etcétera.⁸⁰⁷ De la misma manera, el uso caricaturesco de la imagen de una persona no da derecho a que terceros puedan aprovecharse de la misma para fines publicitarios o económicos,⁸⁰⁸ y así, el legislador da un trato diferente a los programas de información, culturales, de espectáculos o de humor que a los de publicidad, exigiendo un mayor respecto a la intimidad de la persona en este último caso, para respetar el posible deseo de cualquier persona de no verse implicada, aún de modo indirecto, en la publicidad de determinadas marcas o productos que pueden ser tenidos en baja consideración por el titular del derecho o con los que no desee tener ningún tipo de relación.

Así lo entiende también la jurisprudencia cuando a este respecto establece lo siguiente:

*“Es evidente que, de acuerdo a los usos sociales, se ha admitido la caricaturización de personajes en ámbitos culturales o artísticos o en espectáculos, lo que legitima la actuación de los humoristas que realizan imitaciones, pero ello no puede llevarnos a extender tal permisibilidad a otros contextos, sobre todo cuando la imitación, aunque en tono humorístico, se hace dentro de un espacio reservado a la publicidad, pues en tal caso adquiere preponderancia este último aspecto y con ello el respeto al derecho a la propia imagen. En definitiva la capacidad de una persona para imitar a otro no le permite apropiarse de su imagen de un modo ilimitado y para cualquier actividad.”*⁸⁰⁹

Por lo demás, cabe resaltar que siendo el nombre de las personas un elemento inherente a su personalidad, el mismo quedaría incluido dentro de los supuestos susceptibles de

⁸⁰⁷ Vid. DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 674 y 675.

⁸⁰⁸ En este sentido, resulta interesante la opinión de HERCE DE LA PRADA, Vicente, *El Derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, Pág. 252, quien recalca la función humorística de la actividad caricaturesca, en el entendido de que *en el caso de que la caricatura traspase el mero fin humorístico o satírico se producirá una vulneración*.

⁸⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 101/2007 (Sección 14), de 16 de febrero de 2007 [JUR 2007\152650].

ser caricaturizados o bien susceptible de ser utilizado en la caricatura, siempre sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

7.2.2. *El pastiche*

En ocasiones la parodia también ha sido equiparada con el “*pastiche*”, término proveniente de Italia⁸¹⁰ que en Francia ha sido ampliamente utilizado como sinónimo de parodia. Pero el pastiche no sólo es un término mucho más reciente que la parodia, sino que difiere de ésta al describir una práctica más neutral de compilación que no es necesariamente crítica de sus fuentes, ni necesariamente cómica.⁸¹¹

Ahora bien, al consultar el Diccionario en línea de la Real Academia de la Lengua Española, la definición que éste nos ofrece de pastiche es la siguiente: “*Imitación o plagio que consiste en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente.*”⁸¹² Por su parte, la Enciclopedia Encarta, se refiere a esta figura de la manera siguiente: “*a finales del siglo XVIII aparece en Francia el término pastiche, aplicado a la pintura. Este recurso tiene que ver con la posibilidad de imitar y combinar otros estilos y se conecta con la deliberada falsificación de textos ajenos, incluso de aquellos desestimados por su escaso valor literario.*”⁸¹³

⁸¹⁰ Según el Oxford English Dictionary, 2da. Edición, vol. 11, 1989, Pág. 321, la palabra “pastiche” proviene del término italiano “*pasticcio*” que en el sentido original italiano alude a una tarta que contiene numerosos ingredientes. Ahora bien, el mismo diccionario también indica que el término puede significar asimismo lo siguiente: Ópera, cantata u otra composición hecha de varias piezas de diferentes autores o fuentes, un popurrí; o bien, un diseño hecho de fragmentos unidos o copiados con modificaciones del original, o en profesa imitación del estilo de otro artista.

⁸¹¹ ROSE, Margaret A., *Parody: Ancient, Modern and Post-modern*, Cambridge University Press, 1993, Pág. 72.

⁸¹² V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>.

⁸¹³ V.V.A.A., Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation.

Por otra parte, en palabras de cierto sector de la doctrina -que en la mayoría de los casos la considera incluida dentro de la actividad paródica-, al pastiche se le define como “una forma especial de parodia que caricaturiza las formas sin utilizar las palabras exactas de la obra parodiada.”⁸¹⁴

Así pues, ante la poca uniformidad en cuanto al concepto de esta figura, no es de extrañar que se le confunda tan a menudo con la parodia o que se entienda incluida dentro del concepto de ésta. Ahora bien, los más entendidos en esta materia suelen hacer una clara distinción entre ambos supuestos y han terminado por establecer que lo que se persigue con el pastiche es imitar únicamente el estilo de un autor o un género determinado, pero no transformar la obra preexistente.⁸¹⁵

A estos efectos resulta bastante ilustrativa la opinión de PERDICES HUETOS cuando a este respecto expresa lo siguiente: *“En efecto y en primer lugar, la parodia que permite el artículo 39 LPI es la parodia de una obra concreta, ya que sólo sobre ella se tienen derechos de autor, y no sobre géneros, estilos, personajes genéricos, tramas convencionales, etc. El derecho de autor protege expresiones, no estilos o ideas. ¿Quién podría alegar un derecho de autor sobre un triángulo amoroso o un ‘latin lover’? ‘Don Quijote’, ‘La venganza de don Mendo’ o la ‘Ópera de los Mendigos’ fueron parodias en el sentido de críticas de un estilo de escribir o de hacer teatro o música, pero no en el sentido en que usa esa palabra el derecho de autor. Siguiendo con Mel Brooks, ‘Sillas de montar calientes’ o ‘La última locura’ fueron parodias del género del oeste y del cine mudo, pero no de concretas obras; ‘El jovencito*

⁸¹⁴ YANKWICH, Leon R., “Parody and burlesque in the law of copyright”, *Canadian Bar Review*, vol. 33, 1955, Pág. 1135.

⁸¹⁵ El término pastiche ha sido bien abordado por F. JAMESON quien en su ensayo “Postmodernism, or the cultural logic of late capitalism”, *New Left Review* 146, 1984, distingue el pastiche de la parodia sobre la base de que el pastiche no adquiere distancia crítica del material que recicla y considera, pues, al pastiche como una “parodia blanca”.

Frankenstein y *La loca historia de las galaxias* lo fueron, esta vez sí, de obras determinadas. En este sentido, se suele aplicar a la parodia de un género la expresión ‘pastiche’⁸¹⁶.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, sólo podemos concluir estableciendo que el pastiche conlleva la imitación de todo un género o un estilo determinado –aspectos estos, que no son susceptibles de protección por el sistema de los derechos de autor-, y, como veremos, la parodia por su parte ataca a una obra concreta. Así, pues, el pastiche lo que hará en la mayoría de los casos será agrupar los clichés o elementos comunes de un determinado género para la creación de una obra, pero en la medida en que para hacerlo no utiliza elementos protegidos, puesto que no ataca ninguna obra preexistente de forma concreta, pues no será necesario recabar la autorización de los titulares de derechos que recaen sobre las obras que lo inspiraron.

7.2.3. La sátira y la burla

La parodia también es habitualmente tratada como “sátira”, del latín “*satyra*” y del griego “*satyr*”. “Como su etimología indica, la sátira es mezcla y ridículo. Características estas que la aproximan tremendamente a la parodia, en donde es un recurso habitual, pero que a la vez la alejan de ese término por razones estructurales, pues en la sátira la imitación no es necesaria.”⁸¹⁷

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra sátira tiene las siguientes acepciones: 1) *Composición poética u otro escrito cuyo objeto es*

⁸¹⁶ PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 28 y 29.

⁸¹⁷ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 36.

*censurar acremente o poner en ridículo a alguien o algo., y 2) Discurso o dicho agudo, picante y mordaz, dirigido a este mismo fin.*⁸¹⁸

En los Estados Unidos de Norteamérica, la jurisprudencia sobre *copyright* ha recogido las definiciones literarias tradicionales de la parodia y la ha distinguido claramente de otros recursos humorísticos como la referida sátira. En el caso *Campbell v. Acuff-Rose*⁸¹⁹ la Corte Suprema de los Estados Unidos analizó a la parodia como un supuesto de uso lícito de una obra protegida por el *copyright* y, además, estableció una importante diferencia entre parodia (cuyo objetivo de burla es una obra protegida, la cual imita) y sátira (que eventualmente, pero no necesariamente, puede referirse o utilizar partes de una obra protegida por el *copyright* como vehículo para burlarse de otro blanco u objetivo).⁸²⁰

De esta manera, vemos que la sátira comparte objetivos con la parodia y formas de expresión con la caricatura. En palabras de SOL MUNTAÑOLA, se trata de un antiquísimo mecanismo de control social que se ampara en la risa amarga o en la ironía, y en la complacencia de los demás. Ataca los vicios y defectos de la persona o grupo de personas que sean el objetivo, directamente o a través de sus representaciones externas (entre las que, por supuesto, caben las obras artísticas). Es la forma más directa y dañina

⁸¹⁸ Asimismo, con relación a la voz “Sátira” en V.V.A.A., Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation, se dispone que la misma es, “*en literatura, texto en prosa o en verso que emplea la agudeza bajo la forma de la ironía, la alusión o la burla para mostrar la locura, la injusticia y la necedad humanas. La sátira también se encuentra en el periodismo y alcanza el ámbito de las artes plásticas a través de la caricatura y de movimientos pictóricos como el expresionismo. El término deriva del latín satyra, ‘mezcla’ o ‘plato colmado’, y se relaciona con el adjetivo también latino que significa ‘repleto’. Satyra designa, en realidad, una forma poética propiamente romana. En el renacimiento, como resultado de una falsa interpretación de la etimología, se asoció con la palabra sátiro, por lo que adquirió la connotación de burla lasciva. De todos modos, desde la antigüedad se suponía que las sátiras señalaban debilidades y alertaban sobre las conductas reprobables.*”

⁸¹⁹ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, United States Supreme Court, 510 U.S. 569 (1994).

⁸²⁰ Vid. MARCIANI BURGOS, Betzabé y SOLÓRZANO, Raúl, “La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 57, Lima, 2005, Pág. 266.

de crítica, pues se dirige a los aspectos más débiles o aparentes del sujeto criticado.⁸²¹ Como género está mejor delimitado que la parodia y, la probable confusión entre una y otra está en el uso que de la ironía efectúan ambas, a lo que cabría añadir tres motivos más. El primero es que la sátira no necesita utilizar materiales ajenos, como sí hace la parodia. El segundo es que la sátira también puede participar como técnica en una parodia, reforzando, por ejemplo, determinados aspectos críticos. El tercero es que la eventual –que no necesaria- apropiación de material que opera en la sátira no es creativa en relación con ese material tomado, es una utilización parásita, mientras que en la parodia la toma de materiales ajenos sí es creativa.⁸²² En definitiva, la sátira es crítica pura y simplemente, cuyo blanco no es necesariamente una obra. Por lo tanto, no tiene por qué apropiarse de materiales ajenos y se acerca más a la caricatura que a la parodia.⁸²³ Quizás un ejemplo claro de ello lo constituya la reciente película de Michael Moore, titulada “*Sicko*” en donde se critica duramente al sistema de salud pública en los Estados Unidos. Obras de este tipo no van dirigidas, por lo general, a obras preexistentes para lanzar su mensaje crítico, sino que arremeten contra circunstancias y

⁸²¹ En este sentido, quizás puede servir para entender cómo suele percibirse este término lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 381/2003 (Sección 5ª), de 30 de mayo de 2003 [JUR 2003\229689], que establece lo siguiente: “*La lectura de los párrafos en que las expresiones controvertidas se insertan y del resto del texto periodístico lleva a concluir que aquel no contiene insultos o frases formalmente injuriosas. La finalidad predominante es de la crítica a un determinado comportamiento que el periodista deportivo entiende que observado por el hoy recurrente como entrenador de un equipo de baloncesto durante un partido. Ciertamente el tono es acre, lo que acercaría el texto a la sátira, pero las comparaciones y figuras se usan de manera tan desaforada que muestran por sí mismas la falta de realidad de las mismas. En todo caso, cabe recordar que los personajes públicos (y un entrenador de un equipo de la máxima categoría del baloncesto femenino lo es) asume un mayor riesgo frente a críticas u opiniones que puedan ser molestas o hirientes que otra persona que desarrollase su vida ordinaria en un ámbito de mayor privacidad.*”

⁸²² Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 203. A esto cabría agregar también otro rasgo característico que distingue a la parodia de la sátira según HUTCHEON, Linda, “Ironie, satire, parodie. Une approche pragmatique de l’ironie”, *Poétique*, Nº 46, 1981, Pág. 143, esto es que la parodia, según ella, no puede sobrepasar su intencionalidad formal, a diferencia de la sátira que es “más deliberadamente moral”.

⁸²³ En palabras de DONALDSON, Michael, *Clearance & Copyright: everything you need to know for film and television*, Silman-James Press, California, 2008, Pág. 67, “una sátira tiende a burlarse de las convenciones sociales. Contrario a la parodia, una sátira puede mantenerse por sí sola y manifestarse sin tomar prestado nada de una obra original”. (La traducción es nuestra).

personajes concretos, de forma incisiva pero con cierta ironía, de forma que evoca al humor de forma agridulce.

Todo lo anterior puede predicarse asimismo de la burla,⁸²⁴ que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define de la siguiente manera: “(Del latín *burrŭla*, de *burrae*, -*ārum*, necedades, bagatelas). 1) *Acción, ademán o palabras con que se procura poner en ridículo a alguien o algo.*, 2) *Chanza*; 3) *Engaño*; 4) *Bromas o mentiras.*”

En definitiva, la burla puede cumplir idénticas funciones que la sátira, pero lo hará de forma mucho menos evidente. “Quizás en la burla el humor adopte un papel protagonista que no tiene en la sátira, pero por lo demás, con menos capacidad incisiva –so pena de convertirse en sátira-, la burla se adapta a los mismos parámetros que la sátira.”⁸²⁵ Ejemplo claro de ello lo constituye la película “El gran dictador”, donde Charlie Chaplin, de forma hilarante, se burla de la persona de Hitler y de todo el régimen Nazi. De esta manera, vemos que la referida obra no es parodia porque su crítica no va dirigida a una obra concreta, se asemeja a la caricatura por la burla hecha a una persona concreta, y se diferencia levemente de la sátira porque, a diferencia de ésta en donde la crítica es mucho más áspera, el humor en la burla juega el papel predominante.⁸²⁶

⁸²⁴ No en vano la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 378/2000, (Sala de lo civil), de 14 de abril de 2000 [RJ 2000\2565] se refiere conjuntamente “al género satírico o burlón”.

⁸²⁵ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 204.

⁸²⁶ A este respecto, DONALDSON, Michael C., “The legal community: Intellectual Property: Parody, satire and jokes”, *Metropolitan News Enterprise*, 29 de enero de 2009, Pág. 11, establece las diferencias entre las tres figuras: parodia, sátira y burla, al sostener lo siguiente: “la parodia se refiere directamente a una obra protegida por derechos de autor y se le permite tomar partes de la obra que es objeto de comentario. La sátira se refiere a un amplio aspecto de la sociedad. En ocasiones, se evalúa de forma liberal bajo la doctrina del fair use. [...] Una burla no encaja de manera especial bajo los derechos de autor. Las cuestiones relacionadas con la burla normalmente tienen que ver con la persona que es objeto de la misma...”

8. CLASES DE PARODIA SEGÚN EL TIPO DE OBRA

En lo referente a las clases de parodia dependiendo del tipo de obra parodiada, a nuestro entender, las categorías más importantes a distinguir son las siguientes: (i) parodia literaria, (ii) musical, (iii) parodia de los personajes de una obra concreta, (iv) de artes plásticas, y (v) de obras cinematográficas o televisivas.

A continuación estudiaremos de manera individualizada cada una de estas clases de actividad paródica.⁸²⁷

8.1. *Parodia literaria*

“Literatura es un término que designa un acto peculiar de la comunicación humana y que podría definirse, según la palabra latina que le da origen, como arte de escribir, escritura, alfabeto, gramática, o bien como conjunto de obras literarias. Pero *litteratura* deriva a su vez del latín *litterae* (‘letras, caracteres, escrito, obra literaria’). El término no apareció en todas las lenguas al mismo tiempo: francés *littérature* (1120), italiano *letteratura* (siglo XIII), inglés *literature* (1375), alemán *Literatur*, portugués y español *literatura* (siglo XV). Lo que no se puede olvidar nunca es que es un arte cuyas manifestaciones son las obras literarias, es decir, “*creaciones artísticas expresadas con palabras, aún cuando no se hayan escrito, sino propagado boca a boca*”, según la definición de Rafael Lapesa. Esta importante aclaración permite considerar como literatura todas las obras anteriores a la invención de la imprenta y, sobre todo, las que

⁸²⁷ Es preciso destacar, sin embargo, que para un sector de la doctrina esta clasificación no aporta ninguna información valiosa sobre la figura de la parodia, toda vez que a su juicio la actividad paródica se adapta al medio que reproduce o al medio en que se exterioriza, presentándose en forma diferente en función de las particularidades de tales medios. En este sentido se expresa SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 206. No obstante, en contra de esta postura se manifiesta DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 662 y siguientes, quien sí lleva a cabo tal categorización.

no se han transmitido por escrito sino oralmente, es decir, el amplio cuerpo del folclore, los cuentos tradicionales, los chistes y hasta los proverbios que corren en boca del pueblo.”⁸²⁸

De esta manera, la parodia literaria es la realizada sobre cualquier género literario, ya sea novela, poesía, teatro, etc.⁸²⁹ La literatura en todas sus vertientes, es el campo natural de la parodia y, probablemente, en el cual éste género se ha difundido más. En la creación de este tipo de parodias, el parodista crea una obra derivada empleando para ello una obra literaria preexistente. Como en toda parodia, aquí existe una posible colisión entre los derechos del parodista y el parodiado, tanto de carácter patrimonial (ya que este último, gracias a la posición actual de gran parte de la doctrina, no recibe compensación económica alguna por la explotación de la obra que, aun siendo original, está basada en la suya), como moral (puesto que la parodia no deja de ser una crítica destructiva de la obra preexistente).⁸³⁰

Como ejemplo de parodia literaria, podemos hablar del conocido caso presentado ante la Corte de Apelación de los Estados Unidos, referente a la célebre obra de Margaret Mitchell “Lo que el viento se llevó” (*Gone with the wind*), en el que se solicitaba que se

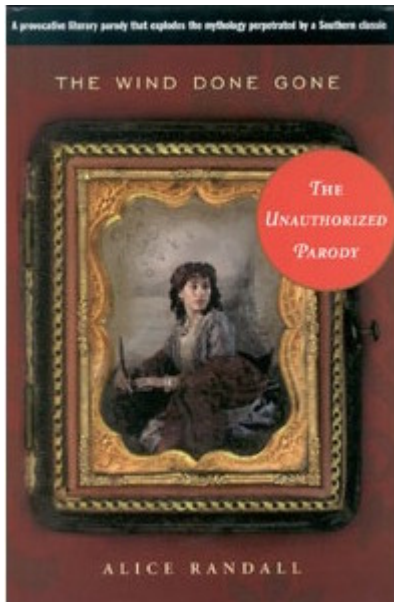
⁸²⁸ Voz: “Literatura,” en Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation.

⁸²⁹ Como mera referencia, resulta interesante destacar que Ley de Copyright, Diseños y Patentes de 1988 del Reino Unido, define la obra literaria como “cualquier obra, con excepción de las obras dramáticas y musicales, que se escriba, se hable o se cante.” En este sentido, autores como HART, Tina, FAZZANI, Linda y CLARK, Simon, *Intellectual Property Law*, Palgrave MacMillan, Gran Bretaña, 2006, Pág. 168, sostienen que la denominación “literaria” es quizás un poco desafortunada a la hora de describir este tipo de obras toda vez que sugiere que las mismas deben de conllevar algún tipo de mérito literario. Los libros, las revistas, artículos y poemas, son todos obviamente obras literarias, pero ejemplos menos obvios también han sido considerados por los tribunales de merecer la protección que conllevan las obras literarias, dada su originalidad. Así, en el Reino Unido se ha llegado a considerar como obra literaria por ejemplo, a un cupón de fútbol (*Ladbroke Football Ltd. v. William Hill Football Ltd. [1964] 1WLR273*), o bien las instrucciones de un juego (*Caley & Son Ltd. v. Garnett & Sons Ltd [1936-1945] Mac. CC*).

⁸³⁰ Vid. DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 664 a 665.

prohibiera la distribución de un libro escrito por Alice Randall en el que se parodiaba a la referida obra bajo el título “*The Wind Done Gone*”.⁸³¹

El referido libro fue publicado en junio de 2001 y estuvo en las listas de los más vendidos por varias semanas. En sus páginas, Randall contaba la misma historia pero



vista desde el punto de vista de los esclavos quienes estaban encantados de librarse del famoso personaje de Scarlett O'Hara. Como en la mayoría de los casos, el juez debió estudiar los detalles concretos de la situación y, en definitiva, consideró que se trataba de un uso justo y que no había infracción de derechos de autor.⁸³² No obstante, antes de llegar a la última instancia, en el año 2002, las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial, en el que Houghton Mifflin, la

compañía editora de la obra paródica, se comprometía a llevar a cabo una donación a favor de un centro de estudios afro-americano en Atlanta, a cambio de que la demandante retirara los cargos y no obstaculizara la venta de la parodia. A día de hoy, la cubierta del referido libro incorpora un sello que indica que se trata de una “parodia no autorizada”.

Un caso similar, que también quedó resuelto fuera de los tribunales, fue el que se suscitó con relación a la obra denominada “*Lo's diary*”, escrita por Pía Pera que consiste en una parodia irreverente de la famosa novela de Vladimir Nabokov, “*Lolita*”, en la que se cuenta la historia desde el punto de vista de la niña.

⁸³¹ Para abundar más sobre el caso y el libro, resulta informativa la siguiente página electrónica: <http://www.thewinddonegone.com>

⁸³² Vid. *Suntrust v. Houghton Mifflin Co.*, 252 F. 3d 1165 (11th Cir. 2001).

8.2. *Parodia musical*

En el caso de la parodia musical el objeto sobre el que recae la actividad paródica es una composición musical, letra y música, o uno sólo de esos elementos. Así, se pudiera afectar a un sólo autor originario, si éste es autor de ambas cosas, o a dos o más autores si cada uno realiza una de las dos cosas.⁸³³

Ahora bien, sin rechazar la parodia que afecta únicamente a la parte musical de una obra, debe subrayarse que ésta resulta poco común. Por el contrario, como bien apunta DE ROMÁN PÉREZ, son más conocidos los supuestos en que la obra sufre una modificación en aspectos no musicales para lograr el consabido resultado humorístico. De manera que, con frecuencia, la parodia se efectúa sustituyendo la letra en canciones conocidas o, sin cambiar la música o la letra, se basa en la imitación del cantante que normalmente interpreta la pieza,⁸³⁴ lo que desde luego cabría cuestionar su ubicación dentro del concepto de parodia.

De estos supuestos surge una importante cuestión, de si es posible considerar que estamos en presencia de una parodia lícita cuando esta se realiza sobre una canción tomando toda la música de la misma, que no ha sido parodiada, sino pura y simplemente

⁸³³ Como simple anotación, resulta interesante destacar que según SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 566, en el argot de la edición musical el término “parodia” se reserva para referirse a una categoría que, a juicio de dicho autor, poco o nada tiene que ver con el límite a los derechos de autor de que habla el artículo 39 del TRLPI. Así las cosas, los editores musicales utilizan esa denominación para referirse a la utilización literal de la parte musical de una canción, a la que sencillamente se agrega una letra distinta en clave más o menos cómica, generalmente respecto de personajes o hechos que nada tienen que ver con la letra originaria del tema.

De esta manera vemos que el sector no es propiamente conciente de lo que supone la parodia de una obra musical y de los dos aspectos que en la misma se encierran, esto es, los derechos sobre la música y la letra. Más aún, como veremos más adelante, lo que los editores musicales entienden como “parodia”, no es propiamente una parodia, ya que la misma no se dirige a la obra en sí misma sino a factores externos a ella. Vid. *Infra*. Capítulo Quinto – Apartado 9.2. Parodias medio (“*weapon parodies*”), Págs. 384 a 389.

⁸³⁴ DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 461 y 462.

copiada, aunque la letra se haya parodiado.⁸³⁵ En este sentido, diversos doctrinarios sostienen que esto no es admisible, ya que una cosa es la permisividad en la utilización de fragmentos de una melodía original, y otra muy distinta apropiarse de una obra musical, sin permiso del autor, y sin remuneración alguna por esa utilización. En este supuesto, habría parodia de la letra de la canción y plagio de la música. Para este sector de la doctrina, el alegar que se trata de una parodia, no debe permitir semejante abuso, toda vez que los autores de la música no son parodiados, y, sin embargo, no se atienden sus derechos sobre la obra creada.⁸³⁶

Ahora bien, otro sector importante de la doctrina sostiene que “existe una indivisibilidad de la obra musical a los efectos de su explotación, de manera que por más que las contribuciones de cada colaborador de la obra originaria sean perfectamente distinguibles, la parodia no es sólo de la letra, lo es también de la parte musical,⁸³⁷ pues la obra divulgada bajo esta modalidad debe ser considerada como un todo a los efectos de su explotación. Y si ha llegado a su público como un todo, también lo hará su parodia.”⁸³⁸

⁸³⁵ En este sentido, cabe resaltar la polémica que en su momento se suscitó por la intención de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de cobrar a los titulares de la página Web *marcianos.net*, 390 euros en concepto de derechos de comunicación pública de una supuesta parodia de la canción “Aserejé” del grupo musical Las Ketchup, bajo la alegación de que si bien es libre la utilización paródica de las letras, la comunicación pública de la melodía quedaba fuera de la excepción y por tanto era susceptible de generar el canon correspondiente. En principio, *marcianos.net* se mostró reticente a cumplir con lo exigido por la SGAE, pero a pesar de que el asunto no llegó a mayores, la referida página Web terminó por retirar el contenido.

⁸³⁶ Vid. DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 668. En esta línea, interesa destacar que la ley alemana de protección de los derechos de autor, en su párrafo 24 señala que no hay libertad de utilización de una obra musical *de la cual haya sido copiada la melodía en forma reconocible para utilizarla en la obra nueva*. Asimismo, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento de nuestra antigua Ley de Propiedad Intelectual de 1879 donde se establecía que en las parodias no podía introducirse en todo ni en parte, sin consentimiento del propietario, ningún trozo literal ni melodía alguna de la obra parodiada.

⁸³⁷ En este sentido se expresa SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 560.

⁸³⁸ ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 291. En el mismo sentido se expresa

Por nuestra parte, tendemos a favorecer a este último sector de la doctrina, aunque entendemos como válidas las razones que presentan los doctrinarios que contradicen esta postura, sobre todo porque el artículo 39 del TRLPI no nos da una respuesta a tal interrogante. En definitiva, vemos que el caso de la parodia musical es ciertamente más difícil de determinar que en los supuestos de parodias relativas a otro tipo de obras ya que, como hemos dicho, puede llegar a involucrar dos derechos de autor distintos. Así, como en la gran mayoría de los casos que se presentan en materia de parodias, corresponderá a los jueces y tribunales determinar para cada caso en concreto el grado de licitud o ilicitud de las mismas.

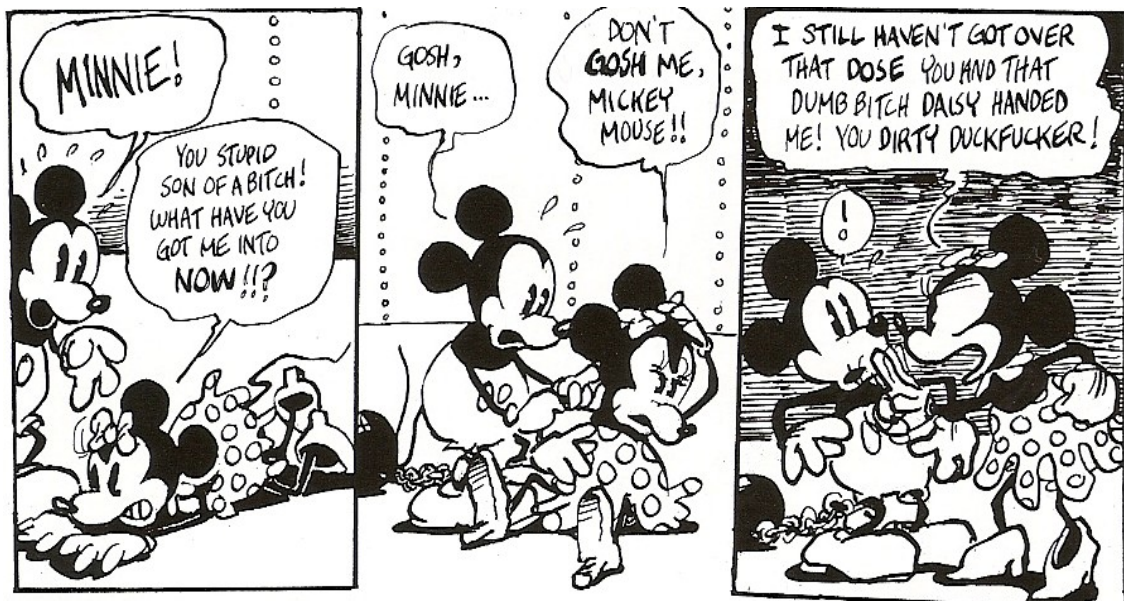
8.3. *Parodia de personajes de una obra concreta y determinada*

En este caso en particular, no se parodia una obra completa, sino a alguno de sus personajes al que se saca de su contexto original para utilizarlo en otro diferente. En este sentido, al igual que en una obra completa, en la parodia de un personaje tiene que existir un cambio sustancial del mismo. Los parodistas utilizan dos métodos para lograrlo: bien exagerar las características habituales del personaje en cuestión, hasta hacerlas ridículas, o bien por el efecto de contraste entre su apariencia tradicional y la que le da el parodista, no sólo en cuanto al aspecto físico del personaje, sino en cuanto a su comportamiento y presentación habitual. Sin embargo, no cabe duda de que, en este intento de lograr un efecto cómico, no está autorizado cualquier medio para lograrlo,

FRANÇON, A., “Questions de droit d’auteur relatives aux parodies et productions similaires”, *Le droit d’auteur*, Vol. 101, 1988, Págs. 303 y 304. No obstante, los partidarios de dicha postura suelen coincidir en afirmar que admitir la licitud de este tipo de parodias no obsta para que su explotación se realice contando con las licencias oportunas, para la comunicación pública o la reproducción mecánica, concernientes a la parte musical no parodiada. En este sentido véase lo dispuesto en SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 561.

pues en algún caso pueden existir excesos que denoten intención de perjudicar al personaje o a su autor, con lo que se trataría de una parodia ilícita.⁸³⁹

Tal fue el caso de *Walt Disney Productions v. Air Pirates*,⁸⁴⁰ en el que una revista contracultural publicó unos cómics en los que algunos de los personajes más famosos de Disney aparecían en actitudes promiscuas, manteniendo relaciones sexuales, drogándose y hablando en un lenguaje grosero.



Extracto de una página de “Silly Sympathies Presents The Mouse” de la Revista *Air Pirates Funnies* #1.
Fuente: LEVIN, Bob, *The Pirates and the Mouse. Disney’s war against counterculture*, Fantagraphics Books, Seattle, 2003, p. 148.

En este caso, el tribunal de apelaciones estableció que sólo lo “estrictamente necesario” para rememorar la obra preexistente podía parodiarse, de manera que al copiar de manera íntegra las imágenes de los personajes de Disney, se habían excedido y por lo

⁸³⁹ Vid. RISTICH DE GROOTE, “Los personajes en las obras del ingenio, el enfoque del Derecho francés”, RIDA, núm. 130, octubre de 1986, Págs. 56-60.

⁸⁴⁰ *Walt Disney Productions v. Air Pirates* [345 F. Supp. 108 (N.D. Cal. 1972), aff’d in part & rev’d in part, 581 F. 2d. 751 (9th Cir. 1978)]. Para un estudio profundo de todas las circunstancias del caso, véase LEVIN, Bob, *The Pirates and the Mouse. Disney’s war against counterculture*, Fantagraphics Books, Seattle, 2003.

tanto no podía hablarse de *fair use*.⁸⁴¹ A final de cuentas, se trató de una batalla legal que se mantuvo por casi más de diez años, desde su llegada al tribunal de primera instancia, hasta alcanzar al Tribunal Supremo donde finalmente se llegó a un acuerdo extrajudicial entre las partes.

En lo referente a España, cabe señalar aquí la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual decidió sobre el caso que se planteó con relación a “Lara Croft”, personaje principal de Tomb Raider, un juego desarrollado para operar en ordenadores personales y videoconsolas creado por un equipo técnico de su titular, la demandante Core Desing Limited.

En el referido caso, sucedió que en la portada de la revista *Interviú* aparecía la fotografía de una modelo con bikini y camiseta levantada, junto al siguiente texto: “Neill Mc Andriw es Lara Croft. La heroína sexy de los videojuegos.” Al lado y formando parte de la misma portada de la publicación se incluyó un dibujo del personaje Lara Croft modificado del original también con bikini. En las páginas interiores se incluían, además, diversas fotografías de la modelo desnuda o semidesnuda, y, a su lado, unos dibujos del personaje Lara Croft modificado y alterado, pero reconocible, desprovista de ropa o vistiendo tan sólo un sujetador y unas medias. Ante tal situación, el titular de los derechos sobre el indicado personaje demandó por la explotación ilícita del mismo. El

⁸⁴¹ Ahora bien, hay quienes sostienen que mucho tuvo que ver en la decisión del Tribunal el hecho de que las viñetas tuvieran un contenido sexual. En palabras de ABRAMSON, Elliot M., “How Much Copying Under Copyright: Contradictions, Parodies, Inconsistencies”, 61 Temp. L. Rev. 133, 1988, citado en LEVIN, Bob, *The Pirates and the Mouse. Disney’s war against counterculture*, Fantagraphics Books, Seattle, 2003, Pág. 228 (nota al pie 162), “cuando la supuesta obra infractora conlleva contenido sexual, los tribunales han hallado vulneración. No hay ninguna base legal para que un tribunal considere el contenido sexual al determinar aspectos relativos a los derechos de autor, sin embargo los tribunales en repetidas ocasiones han prohibido parodias dado su contenido sexual.” A este respecto, autores como VOORHOOF, Dirk, “Freedom of expression, parody, copyright and trademarks”, Conferencia, Jornadas de la ALAI, en http://www.alai-usa.org/2001_conference/pres_voorhoof.doc, [Consulta: 22/10/2007], New York, junio de 2001, Pág. 5, sostienen que “algunos tipos de parodias pueden incluso permanecer fuera del ámbito de la protección de la libertad de expresión, como por ejemplo, cuando son pornográficas u obscenas (Estados Unidos) o cuando incitan al racismo (Unión Europea)”.

demandado, en su defensa, alegó (i) un desconocimiento del autor de la imagen de la protagonista, Lara Croft, del juego propiedad de la actora, pues tomó los dibujos de Internet; (ii) que los comentarios de Texto del reportaje debían incardinarse dentro del concepto de parodia que señala el artículo 39 del TRLPI; y (iii) justificó también los mismos sobre la base del límite que se establece en el artículo 35 de derecho a la información.

No obstante, el tribunal entendió que el reportaje debía ser considerado como un todo del que resultaba la vulneración de los derechos de la demandante por la utilización no autorizada del personaje en cuestión y por la aparición de dicho personaje junto a los textos citados y a las fotografías de la modelo en la forma que se ha descrito, lo que conllevaba a la creación de una asociación entre Lara Croft y una imagen sexualizada que no se correspondía con la personalidad de aquella y que dañaba o perjudicaba a la obra y a su autor. Señaló que no podía estarse frente al límite que se establece en el artículo 35 de la Ley pues era claro que producir imágenes alteradas de Lara Croft, desnuda o ligera de ropa, junto a fotografías de una modelo en iguales circunstancias y un texto de contenido sexual, no se justificaba por ninguna finalidad informativa. Además, entendió que el desconocimiento del autor de las modificaciones sobre dibujos de la imagen de Lara Croft, publicados resultaba, a tales fines, indiferente y que la ausencia de cualquier espíritu de crítica en los textos publicados junto a la imagen de la protagonista del juego determinaba que no podía hablarse de parodia de clase alguna, concepto que, por lo demás, entendía sometido a una hermenéutica restrictiva.⁸⁴²

De esta manera, aunque sea ya una redundancia, es preciso destacar nuevamente que será preciso estudiar las circunstancias particulares de cada caso para determinar si

⁸⁴² Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 28 de mayo de 2003, [AC 2003/960].

existe o no parodia en relación a este tipo de obras; pero, en definitiva, se puede establecer que la parodia de una parodia de personajes de una obra determinada será posible en la medida en que el personaje en sí mismo tenga la suficiente originalidad como para ser susceptible de protección por el sistema de derechos de autor y siempre que se agreguen al mismo suficientes matices diferenciadores que lo distingan del originario.

8.4. Parodia de obras de artes plásticas y fotográficas

Todas las legislaciones sobre derechos de autor protegen las obras artísticas, es decir, por un lado, las obras de dibujo, pintura, grabado, escultura y litografía, y por el otro, los planos, croquis y artes plásticas referentes a la arquitectura y a las ciencias. Igualmente, la mayoría de las legislaciones comprenden las obras de artes aplicadas⁸⁴³ según el principio de la irrelevancia del destino de las obras.⁸⁴⁴ No obstante ninguna enumeración de estas obras puede considerarse exhaustiva.

Como bien apunta LIPSZYC, las obras de artes plásticas están protegidas cualesquiera que sean los materiales y las técnicas empleadas y el derecho de propiedad sobre el objeto físico (el cuadro, la talla, etc.), aunque se trate de un ejemplar único, no supone la

⁸⁴³ Una creación puede ser una obra artística y, al mismo tiempo, cumplir una función utilitaria o una función ornamental en una cosa material. Son obras de artes aplicadas las creaciones con funciones utilitarias o incorporadas a objetos de uso práctico, ya sean artesanales o bien producidas en escala industrial. Así, lo indica LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993. Pág. 86. De forma similar se expresa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág.181, cuando establece que son aquellas que tienen por finalidad u objeto un determinado uso: *muebles, telas, alta costura, confección, aparatos electrodomésticos, automóviles, motos, embarcaciones, aviación, todo tipo de objetos personales...*. En relación a las mismas, es preciso tener en cuenta que pueden estar protegidas tanto por las normas de la propiedad industrial como del derecho de autor, aunque no podrán beneficiarse del derecho de participación, seguimiento o *droit de suite* del artículo 24 del TRLPI. Además, por otra parte, huelga decir que el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas incluye en su enumeración ejemplificativa de obras a las artes aplicadas (Art. 2.1), pero deja reservada a las leyes nacionales la facultad de regular lo concerniente a las mismas (Art. 2.7).

⁸⁴⁴ Vid. COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997, Pág. 25.

titularidad del derecho de autor sobre la obra artística. Se trata de dos derechos distintos e independientes, y esto queda claramente evidenciado tras la lectura del artículo 56 del TRLPI.⁸⁴⁵ Lo mismo sucede con las obras fotográficas que se hallan a su vez protegidas por la propiedad intelectual y que el artículo 56.2 del TRLPI también contempla expresamente.⁸⁴⁶

Por consiguiente, “la enajenación de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de las artes plásticas en general, salvo estipulación expresa en contrario, no lleva implícito, salvo el derecho de exposición pública, ningún otro derecho de explotación sobre la misma. Así, toda explotación de una obra artística –incluyendo su incorporación en un objeto de utilidad- debe ser autorizada por su autor o por la persona que sea titular de este derecho, quien quiera que sea el propietario de la cosa material.”⁸⁴⁷ Ahora bien, en consonancia con lo que hemos visto hasta ahora, tampoco el monopolio del autor de las obras plásticas es del todo absoluto y el mismo está sujeto a ciertos límites. Así, en lo referente al tema que nos ocupa, debemos, en primer lugar, partir de una afirmación de base: la parodia es posible en el ámbito de las obras plásticas.

El artículo 39 del TRLPI no se refiere a ningún género particular de obra, y, tal como indica BERCOVITZ, G., deberá entenderse que es aplicable a cualquier género, aunque la doctrina extranjera (la francesa especialmente) distinga entre parodia, pastiche y

⁸⁴⁵ Véase en este sentido lo dispuesto en LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993. Pág. 78.

⁸⁴⁶ El referido artículo 56 del TRLPI establece textualmente lo siguiente: “56.- *Transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales:*

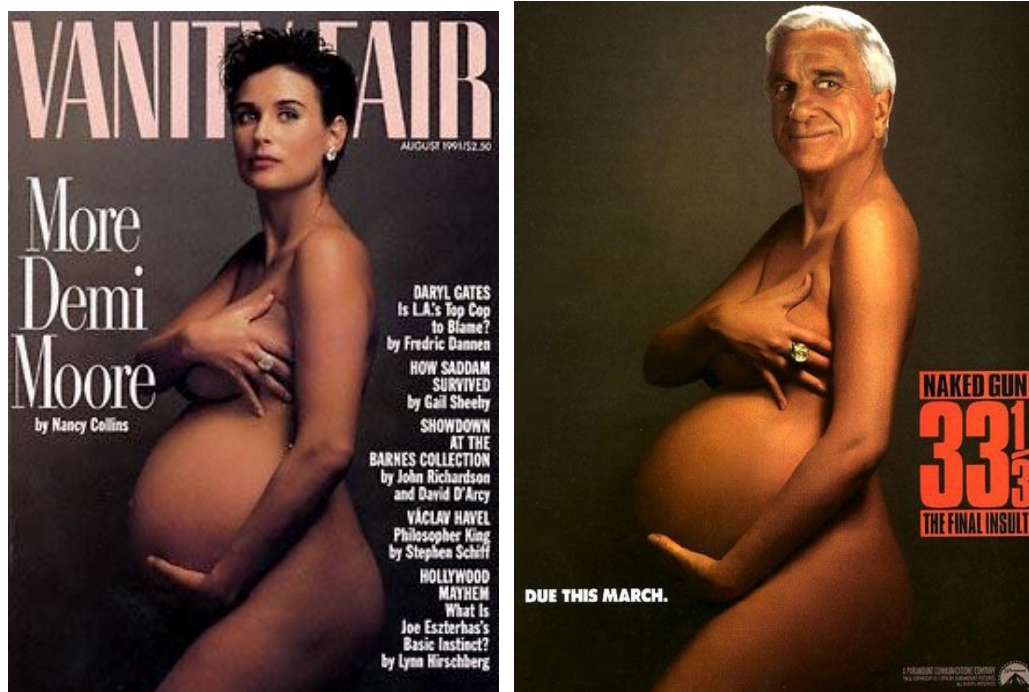
1) *El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última.*

2) *No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.”*

⁸⁴⁷ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993. Pág. 78.

caricatura, al referirse a las obras musicales, literarias y plásticas respectivamente. Asimismo, la parodia no exige tampoco coincidencia de géneros. Cabrá, por supuesto, la parodia plástica de obra plástica; pero también, por ejemplo, la parodia plástica de una obra teatral, cinematográfica; o a la inversa.⁸⁴⁸

Quizás un ejemplo ilustrativo de este tipo de parodias puede ser la controversia que se suscitó en los Estados Unidos con relación al caso *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.* En el referido caso, la fotógrafa Annie Leibovitz tomó una fotografía de la actriz Demi Moore, desnuda y embarazada, que fue utilizada para la portada de la revista *Vanity Fair*. Paramount Pictures, al promocionar la película titulada “*Naked Gun 33 1/3*” (“Agárralo como puedas 33 1/3”), recreó la famosa fotografía con la cara del actor Leslie Nielsen en el cuerpo de un doble.⁸⁴⁹



Cubierta de la revista de *Vanity Fair* con la fotografía de Annie Leibovitz y cartel publicitario de la película “*The Naked Gun 33 1/3*”.

⁸⁴⁸ Vid. BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Págs. 420 – 421.

⁸⁴⁹ *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, (1998 U.S. App. LEXIS 2693 (2nd Cir. Feb. 19, 1998).

Ante esta situación Leibovitz demandó por vulneración de derechos de autor. Por su parte, la Paramount sostuvo que el anuncio, aunque obviamente tenía una naturaleza comercial, se trataba de una parodia sujeta a la doctrina del *fair use*. El tribunal mantuvo que aunque la composición y la pose de los modelos en ambas fotografías eran iguales, otros elementos eran distintos, como por ejemplo, la iluminación, los contrastes, la expresión de las caras de los modelos, entre otros. Por no hablar de que el contraste último es el de una joven madre comparada con la cara de un anciano superpuesta al cuerpo de una mujer. Así, al examinar los factores del *fair use* el tribunal entendió que, a pesar de haber tomado varios elementos de la composición de Leibovitz, se trataba de un uso justo dada la clara intención paródica de Paramount y la ausencia de un perjuicio económico.

No obstante lo anterior, es preciso destacar que no se trata de un tipo de parodia que se dé mucho en la práctica, aunque no por ello debemos de dejar de tomarla en consideración y, como en la gran mayoría de los casos que se refieren a la actividad paródica, corresponderá a los tribunales el decidir sobre la licitud o no en estos particulares casos.

8.5. Parodia de obras cinematográficas o televisivas

El artículo 86 del TRLPI considera a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales,⁸⁵⁰ como creaciones expresadas mediante una serie de imágenes

⁸⁵⁰ En opinión de GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “La noción de obra audiovisual en el derecho de autor”, Revista de Propiedad Intelectual núm. 7/2001, Bercal, Madrid, enero-abril de 2001, Págs. 9 y siguientes (nota al pie número 40), “pese a que de la lectura de los artículos citados parece desprenderse una relación de sinonimia entre los términos ‘obra cinematográfica’ y ‘obra audiovisual’, es más correcto interpretarlos como nociones distintas, a la luz del artículo 3.3 de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Este precepto se separa de la dicción del artículo 1.5 de la misma Directiva,

asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de los soportes materiales de dichas obras.

Como se verá más adelante, en el presente subtítulo hacemos alusión a las obras cinematográficas o televisivas,⁸⁵¹ lo que parece dejar fuera cualquier otro tipo de obra

que reproduce el tenor del artículo 2.2 de la Directiva sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines –estableciendo que el director se considerará autor o uno de los coautores de la obra cinematográfica o audiovisual-, cuando excepciona de la regla especial de adquisición de los derechos de emisión contemplada en el artículo 3.2 ‘las obras cinematográficas, incluidas las obras producidas mediante procedimientos semejantes a los de la cinematografía’. Esta diversidad sólo tiene sentido si se entiende que no todas las obras audiovisuales son obras cinematográficas o producidas mediante procedimientos similares a la cinematografía, pues de lo contrario habría bastado la simple alusión a las obras audiovisuales o cinematográficas conjuntamente contempladas en otros lugares de esta Directiva y en las Directivas sobre alquiler y préstamo y sobre el plazo de protección –que se tramitaba simultáneamente-.’ El referido autor, más adelante en la misma obra define a la obra cinematográfica, de la siguiente manera: “La obra cinematográfica es la obra audiovisual consistente en una secuencia de imágenes, con o sin sonido, destinada esencialmente a ser mostrada en la pantalla de una sala pública. Es el único supuesto de obra audiovisual mencionado en el artículo 86 de la Ley y, en consecuencia, el ejemplo paradigmático de esta categoría, aquel que cumple sin duda con los requisitos del citado precepto y en torno al cual gira el régimen contenido en el Título VI del libro I del TRLPI.”

A estos efectos, cabe destacar que, efectivamente, la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, viene a establecer diferencias entre uno y otro concepto cuando en su artículo 4 define los siguientes conceptos: **“a) Película cinematográfica:** Toda obra audiovisual, fijada en cualquier medio o soporte, en cuya elaboración quede definida la labor de creación, producción, montaje y posproducción y que esté destinada, en primer término, a su explotación comercial en salas de cine. Quedan excluidas de esta definición las meras reproducciones de acontecimientos o representaciones de cualquier índole; **b) Otras obras audiovisuales:** Aquéllas que, cumpliendo los requisitos de la letra a), no estén destinadas a ser exhibidas en salas cinematográficas, sino que llegan al público a través de otros medios de comunicación; **c) Largometraje:** La película cinematográfica que tenga una duración de sesenta minutos o superior, así como la que, con una duración superior a cuarenta y cinco minutos, sea producida en soporte de formato 70 mm., con un mínimo de 8 perforaciones por imagen; **d) Cortometraje:** La película cinematográfica que tenga una duración inferior a sesenta minutos, excepto las de formato de 70 mm. que se contemplan en la letra anterior; **e) Película para televisión:** La obra audiovisual unitaria de ficción, con características creativas similares a las de las películas cinematográficas, cuya duración sea superior a 60 minutos, tenga desenlace final y con la singularidad de que su explotación comercial esté destinada a su emisión o radiodifusión por operadores de televisión y no incluya, en primer término, la exhibición en salas de cine; **f) Película española:** La que haya obtenido certificado de nacionalidad española, expedido conforme a lo que se dispone en el artículo 12; **g) Serie de televisión:** La obra audiovisual formada por un conjunto de episodios de ficción, animación o documental con o sin título genérico común, destinada a ser emitida o radiodifundida por operadores de televisión de forma sucesiva y continuada, pudiendo cada episodio corresponder a una unidad narrativa o tener continuación en el episodio siguiente; **h) Piloto de serie de animación:** La obra audiovisual de animación que marca las características y estilo que habrá de tener una serie y permite al productor la financiación y promoción de la misma. [...]”

⁸⁵¹ Según GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “La noción de obra audiovisual en el derecho de autor”, Revista de Propiedad Intelectual núm. 7/2001, Bercal, Madrid, enero-abril de 2001, Pág. 44, “la obra televisiva es la obra audiovisual esencialmente destinada a su comunicación pública a través de su

audiovisual. Sin embargo, esta no es la intención. Lo que sucede es que, como veremos, uno de los requisitos de la parodia lícita es que se haga sobre una obra previamente divulgada. Es decir, tiene que tratarse de una obra conocida por el público. De esta manera, hemos entendido que las obras audiovisuales que llegan al público con más facilidad son las que se exhiben en salas cinematográficas o a través de la pantalla televisiva. Sin embargo, con esto no queremos decir que no sea posible la parodia de cualquier otro tipo de obra audiovisual.

Teniendo todo lo anterior en consideración, entendemos que la parodia de este tipo de obras carece de grandes diferencias con las de obras literarias, salvo las que proceden de sus características técnicas y, de hecho, resultan bastante comunes en la práctica. A este tipo de parodias, se le aplican las mismas limitaciones que al resto, donde lo primordial es que se distinga que se trata de una parodia y que constituya a su vez una obra totalmente diferente a aquella que se imita.

Un ejemplo claro de parodia cinematográfica, sería el caso de la serie de películas del personaje “*Austin Powers*”, que claramente parodia a la saga del mítico personaje “*James Bond*”. O bien cabe citarse el caso de la película “*Hot Shots*”, una parodia de la famosa “*Top Gun*”. Además, últimamente se han vuelto muy populares las películas que parodian todo un género al criticar en una sola obra a las películas más significativas de dicho género. Esto bien pudiera ser considerado como pastiche, si no fuera porque se parodia obras muy concretas que son perfectamente identificables. En estos casos, bien pudiera hablarse de una mezcla entre pastiche y parodia. Así, “*Not another teen movie*” (en español, “No es otra estúpida película americana”) crítica todo el género de

radiodifusión, hertziana –artículo 20.2.c) TRLPI- o vía satélite –artículo 20.2.d) TRLPI-, o transmisión por cable –artículo 20.2.e) TRLPI-, de tal manera que pueda ser mostrada en aparatos receptores de televisión.” Definición esta que, como puede apreciarse, no es contraria a las definiciones establecidas en la Ley del Cine apuntada en la nota al pie anterior.

películas que tratan sobre los problemas de los adolescentes por su paso por el instituto al parodiar películas como “*Pretty in pink*” (“La chica de rosa”), “*Cruel Intentions*” (“Cruelles Intenciones”), “*The Breakfast Club*” (“El club de los cinco”), “*American Pie*”, entre otras.

De la misma forma, la serie de películas “*Scary movie*” se encarga de parodiar las obras más significativas del género de películas de terror actual.⁸⁵² Lamentablemente, en España no contamos con una producción audiovisual de este tipo tan abundante, ni mucho menos con jurisprudencia suficiente como para esclarecer el panorama al respecto. De esta manera, al igual que para los demás tipos de parodia, serán las decisiones de tribunales extranjeros las que nos ayuden a entender un poco más esta compleja figura.

9. CLASES DE PARODIA SEGÚN EL OBJETIVO PERSEGUIDO CON LA MISMA

Otra forma de catalogar la parodia es de conformidad con el objetivo que la misma persigue. Nada hay que objetar a la parodia que dirige su crítica contra el autor de la obra parodiada o contra la propia obra parodiada. Ahora bien, algo más problemático parece ser para la mayor parte de la doctrina el caso en el que la crítica se desliza fuera del ámbito de la obra parodiada. Ha sido en los Estados Unidos de Norteamérica donde doctrina y tribunales han mostrado una mayor preocupación por esta distinción entre uno y otro supuesto, y es precisamente allí donde, dependiendo de la situación de que se

⁸⁵² Sobre la parodia de películas en general, véase GEHRING, Wes D., *Parody as a Film Genre: ‘Never Give a Saga an Even Break’*, Greenwood Press, 1999.

trate, se ha catalogado a la actividad paródica como: a) parodia crítica, objeto o “*target*”; o bien, b) parodia cómica, medio, arma o “*weapon*”.⁸⁵³

9.1. Parodias objeto (*target parodies*)

Este es el caso en el que la parodia toma como objetivo a la obra preexistente o su entorno cercano, como por ejemplo su autor, o las personas que la disfrutan o usan, etc. En este sentido, el objeto parodiado es un objetivo de crítica humorística, y la obra resultante es la verdadera parodia.⁸⁵⁴ Y es que, de conformidad con el tenor literal del artículo 39 del TRLPI, nuestra legislación no contempla la parodia en general, sino sólo aquella que se constituye como un límite a los derechos de autor en la medida en que permite el uso de una obra protegida bajo determinadas condiciones. Es decir, que la *target parody* es la que real y efectivamente contempla el citado artículo 39, en la que el efecto paródico se proyecta sobre la propia obra empleada por el parodista, y no sobre ningún otro aspecto ajeno a la misma.⁸⁵⁵

En este ámbito se plantea una discusión por parte de la doctrina cuando las parodias tienen ambos componentes, es decir, dirigen su carga crítica contra la obra parodiada pero también contra objetivos ajenos a tal obra. Por nuestra parte, a este respecto compartimos opinión con SOL MONTAÑOLA, cuando sostiene que nada obsta para que el parodista, utilizando como pretexto el tema, su contexto, el perfil de los personajes, las situaciones, el emplazamiento geográfico o histórico, etc., de la obra

⁸⁵³ Esta diferenciación entre parodia “*weapon*” y parodia “*target*” ha sido la sugerida por el juez norteamericano POSNER, Richard A., “When is Parody Fair Use?”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXI, 1992, Págs. 67 a 79.

⁸⁵⁴ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 20.

⁸⁵⁵ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 488.

parodiada, aproveche para lanzar fuera de los confines de la obra algún mensaje crítico. Y es que, según dicho autor, no es posible independizar una creación hasta el punto de aislarla del mundo en el que, seguro, tiene su arraigo y su contexto.⁸⁵⁶

El problema real se haya cuando la parodia no se dirige contra la propia obra y su contexto sino contra un tercero que no está en relación con ella, en cuyo caso nos hallaremos ante una parodia “arma”; figura que veremos a continuación.

9.2. *Parodias medio (weapon parodies)*

Este es el caso de la parodia que “toma la obra parodiada como arma para atacar, burlarse o simplemente referirse a una textualidad que nada tiene que ver con la obra parodiada.”⁸⁵⁷ En este sentido, parece haber total acuerdo dentro la doctrina con relación a que la parodia debe dirigirse hacia la obra preexistente y que, de no ser así, la parodia que utiliza a la obra parodiada como simple excusa para atacar un elemento ajeno a la obra,⁸⁵⁸ como es el caso que nos ocupa en este acápite, no debe permitirse.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 207 y 208.

⁸⁵⁷ PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 20. El referido autor sostiene que a diferencia de los Estados Unidos donde la diferenciación entre la parodia *target* y la parodia *weapon* es estudiada por unos pocos, dentro de los que destaca POSNER, Richard A., “When is Parody Fair Use?”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXI, 1992, Págs. 67 a 79, en Alemania, la mayor parte de la doctrina coincide en que la única parodia admisible es la parodia objeto (*target*), es decir, aquella que realiza un tratamiento antitemático de la obra preexistente.

⁸⁵⁸ La jurisprudencia suele asimilar este tipo de obras con el concepto de “sátira” que hemos visto anteriormente.

⁸⁵⁹ En este mismo sentido se expresa SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 565 cuando establece lo siguiente: “*me parece que es ilícito servirse sin permiso de una obra ajena para parodiar hechos, personajes o situaciones no inherentes a la misma, a salvo que simultáneamente se detecte, siquiera sea de una manera parcial, una intención paródica con respecto a la obra utilizada.*” También rechaza tajantemente a este tipo de parodias, WINSLOW, Anastasia, “Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody and Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.”, *Southern California Law Review*, Vol. 69, n° 2, enero, 1996, Pág. 804 y siguientes.

Es decir que, como bien apunta PERDICES HUETOS, si la obra paródica simplemente aprovecha el material de otro para servir sus propios fines, sin que ese material sea medio para atacar o criticar la obra o su entorno, no estaremos en presencia de una parodia sino de una obra derivada que debe caer bajo el control del autor de la obra originaria.⁸⁶⁰

En este caso, ¿tiene motivos el titular de la obra originaria para mostrarse reacio a autorizar la parodia (que no es tal, sino, pura y simplemente una obra derivada)? Para una parte de la doctrina, realmente no existe ningún obstáculo insalvable para que el equilibrio entre ambos efectos tenga lugar en el mercado, como sucede con la mayoría de las obras derivadas. Ahora bien, puede que el autor no quiera que se le asocie con determinada crítica, en cuyo caso tendrá todo el derecho a oponerse. Máxime si se tiene en cuenta que existen multitud de obras protegidas con las que un parodista podría alcanzar idéntica finalidad, sobre todo porque no es necesario que la reconozca el público. Así pues, es viable que negocie individualmente una licencia con el titular de los derechos correspondiente. Incluso las obras del dominio público pueden servirle para conseguir su objetivo, en cuyo caso no será necesaria la obtención de una licencia.⁸⁶¹

Esta modalidad de parodia que denominados “arma”, queda perfectamente ilustrada en *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA, Inc.*,⁸⁶² el cual constituye uno de los casos más emblemáticos en materia de parodia en los Estados Unidos. Para ponernos en

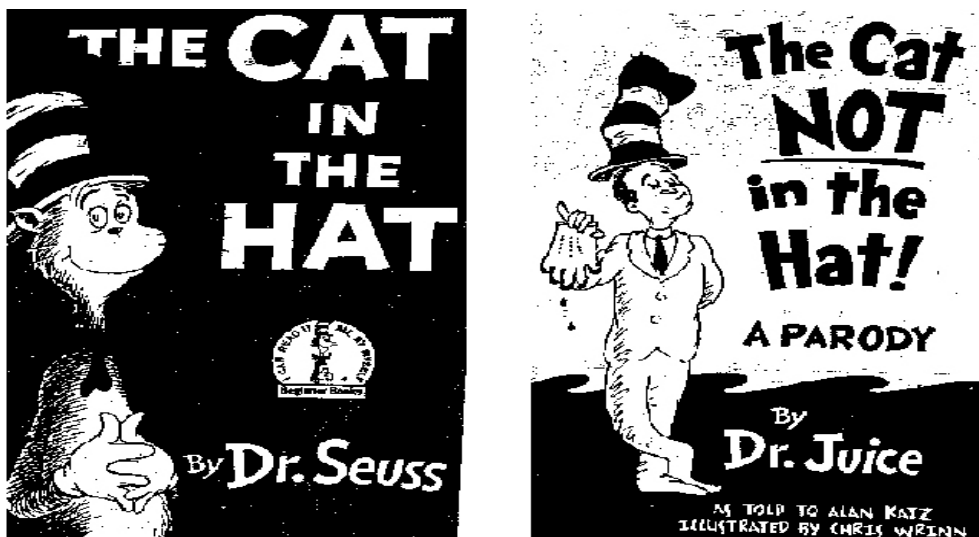
⁸⁶⁰ PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 21.

⁸⁶¹ Vid. LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Págs. 201 a 210.

⁸⁶² *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA, Inc.* [109 F. 3d. 1394 (9th Cir.), cert. dismissed, 118 S. Ct. 27 (1997)].

situación con relación al referido caso, debemos antes establecer que Theodore Geisel, también conocido como “Dr. Seuss”, en vida creó una de las obras de literatura infantil más famosas en los Estados Unidos, esto es “*The cat in the hat*”, en la que la narración va expresada en un lenguaje bastante sencillo y cuyo personaje principal es un gato de rasgos muy característicos que porta un sombrero alto de rayas horizontales rojas y blancas. El citado gato y su particular sombrero, han adquirido una notoriedad tal en Estados Unidos que ambos están también registrados como marcas y, por ende, disfrutan de la misma manera de la protección que les confiere la propiedad industrial.

Pues bien, durante el agitado juicio de O. J. Simpson, la editora Penguin Books, publicó un libro denominado “*The cat NOT in the hat*” en el que se caricaturizaba la imagen del referido futbolista portando el gorro del gato de Dr. Seuss y se contaba la historia del caso Simpson al estilo de aquel. Además, en el interior del libro se reproducían los rasgos y el sombrero característico del famoso gato en reiteradas ocasiones.



Cubierta de la obra de Geisel y de la parodia de Penguin Books. Fuente: <http://www.law.umkc.edu>

A estos efectos, la viuda de Geisel interpuso una demanda por vulneración de derechos de autor y de propiedad industrial. En este caso en particular, el tribunal sostuvo que no

se trataba un caso de parodia lícita porque la misma no se dirigía a la obra en cuestión sino a la persona de O. J. Simpson.⁸⁶³ Es decir, que con el uso de la obra preexistente no se pretendía criticar la misma ni ninguno de sus personajes, sino que la crítica se dirigía a la figura del deportista. De esta manera, no podía aplicarse la doctrina del *fair use* ya que para hacer crítica de dicha figura pública no era necesario hacer uso de una obra protegida.⁸⁶⁴

Y es que, en definitiva, en la *weapon parody* “pierde sentido el fundamento de la libertad de crítica y se desvanece la defensa de la libertad de expresión, pues en estos casos la obra parodiada es perfectamente sustituible, ya que se podría haber llevado a cabo la crítica y desarrollado el derecho a expresarse libremente con materiales propios o no protegidos por el derecho de autor (o si protegidos, con la autorización del titular de los derechos).”⁸⁶⁵

Curiosamente, en España, estos aspectos han sido poco abordados, aún cuando casi todos los casos de parodia que han llegado a los tribunales en nuestro país se refieren a parodias de este tipo. De hecho, como bien señala GIMENO, después de una larga dictadura con fuertes censuras, el artículo 20 de la Constitución de 1978 introdujo la libertad de expresión como un principio fundamental del sistema legal español, y en

⁸⁶³ Otro caso similar que conviene citar es el de *Walt Disney Productions v. Mature Pictures Corp.*, 389 F. Supp. 1397 (S.D.N.Y. 1975) en el que se usaba la canción del Mickey Mouse Club para acompañar una orgía sexual en la película “*The life and times of the happy hooker*”.

⁸⁶⁴ A este respecto, hay quienes se encuentran en desacuerdo con la decisión del tribunal en este caso, en el entendido de que “uno puede burlarse de una obra o estilo no sólo ridiculizándolo directamente, sino también aplicando ese estilo a un objeto completamente diferente, de modo que descubra la absurdidad de ese estilo o sus otras limitaciones...”. Así lo indica BARNETT, Stephen R., “Evolución reciente de la Intellectual Property Law en los Estados Unidos”, traducción del inglés de Jaume Pellisé Y M^a Teresa Solanelles, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 231, 1999, Pág. 191. También en contra se muestra ABRAMSON, Elliot M., “How Much Copying Under Copyright: Contradictions, Parodies, Inconsistencies”, 61 Temp. Law Review 133, 1988, Pág. 171, quien sostiene que como la parodia es crítica en sí misma, está amparada por la libertad de expresión y resulta, pues, intrascendente si la crítica va dirigida a su fuente u otro objetivo distinto.

⁸⁶⁵ ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 285.

consecuencia, los tribunales son muy sensibles con respecto a los argumentos relativos a la libertad de expresión y la crítica social frecuentemente se alega incluida en el ámbito de la excepción y es aceptada como tal por el ordenamiento jurídico.⁸⁶⁶

Así las cosas, nuestra escasa jurisprudencia en la materia incurre en errores tan graves, como el que supone estimar que ha existido parodia, pero no transformación de la obra preexistente, aún reconociendo que se ha modificado la letra de una canción para atacar a personajes del corazón. Tal fue la conclusión a la que arribó la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 2 de febrero de 2000, tratándose de un caso en el que en un programa de televisión denominado “La Parodia Nacional” se transformó la letra de la conocida canción “*A la lima y al limón*”.⁸⁶⁷

Dicha posición jurisprudencial tenía como antecedentes otros dos casos importantes y similares en los que se cambiaban las letras de las canciones “*Tengo una vaca lechera*”⁸⁶⁸ y “*Perfidia*”⁸⁶⁹ para mofarse de aspectos ajenos a dichas obras. En estos casos los tribunales arribaron a conclusiones parecidas a las adoptadas en el caso de “*A la lima y al limón*”, y en los tres se cometía el mismo error: se tildaba de parodia lo que en realidad no lo era.

No obstante, una sentencia más reciente, en concreto la de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de octubre de 2003, ha modificado un poco la forma de ver estos casos, pero todavía no se termina de enfocar bien la situación. Así, la Sala estimó que: “*la utilización que se hace de la obra protegida no tiene como fin parodiar a ésta, como permite en determinadas circunstancias el artículo 39 TRLPI,*

⁸⁶⁶ Vid. GIMENO, Luis, “Parody of songs: a Spanish case and a international perspective”, *Entertainment Law Review*, 1997, 8 (1), 18-22.

⁸⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de febrero de 2000 [AC 2000/848].

⁸⁶⁸ Sentencia del Juzgado núm. 41 de Primera Instancia de Madrid, de 9 de mayo de 1996.

⁸⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 30 de noviembre de 1998.

sino ridiculizar algo ajeno a la misma (en este caso, a una Ministra del Gobierno de España o a una conducta protagonizada por ésta), bien que utilizando la fotografía en que consistía aquélla para conseguirlo o para dar una mayor fuerza a la pretendida ironía.”⁸⁷⁰

Visto de esta forma, la posición del tribunal es totalmente correcta, si no fuera porque en realidad se argumentaba esto para justificar que no podía estarse causando un perjuicio a la obra preexistente, porque no era ella propiamente el objeto de la burla. Pero bueno, cuando menos ya en cierta forma se ha reconocido que a lo que se refiere el artículo 39 del TRLPI es a la parodia “objeto” o “*target*” y en ningún caso a la parodia “medio” o “*weapon*”.⁸⁷¹

10. LA PARODIA CRUZADA

Según las ha venido definiendo la doctrina, las “parodias cruzadas” son aquellas que toman el pretexto de una obra expresada en un medio determinado para convertirlas en obra paródica expresada en un medio diverso (por ejemplo, al hacer de una obra literaria una película paródica).⁸⁷² Se trata, en definitiva, de una migración de géneros.

“La parodia cruzada cobra interés en relación con el estudio de su licitud. No es lo mismo hacer una parodia literaria de una obra literaria, que hacer una obra cinematográfica paródica de una obra literaria, pues las posibilidades de la obra literaria originaria de desarrollarse con posterioridad como obra cinematográfica derivada

⁸⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 10 de octubre de 2003 [AC 2003\1895].

⁸⁷¹ Comparte esta opinión igualmente GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “El uso de secuencias audiovisuales ajenas en los programas de televisión”, *Revista del Poder Judicial* núm. 70, 2003, Pág. 84.

⁸⁷² El término de “parodia cruzada” es extraído de ROSE, Margaret, *Parody: Ancient, Modern and Post-modern*, Cambridge University Press, 1993, Pág. 52 y la definición del concepto es de SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 206.

pueden quedar mermadas por la preexistencia de una obra paródica expresada en tal medio.”⁸⁷³

En este sentido, hemos de destacar que no debe tolerarse legalmente que un mercado potencial razonable se vea colapsado, dado que, una vez ocupado ese mercado por la obra paródica, el autor no podrá incurrir en él en un futuro. Ahora bien, dicho esto siempre bajo la salvedad de que debe atenderse siempre al supuesto de la existencia de un mercado potencial que sea en todo caso “razonable”. Así las cosas, una versión cinematográfica pornográfica de una obra literaria para niños, como por ejemplo, “La araña enamorada” de Blanca Álvarez, difícilmente afectaría dicho mercado potencial, toda vez que es de suponer que los titulares de derechos sobre la misma no llevarían a cabo nunca tal versión.⁸⁷⁴ En definitiva, como veremos más adelante, se trata de que la obra paródica no sustituya la demanda potencial en el mercado de la obra originaria.⁸⁷⁵

⁸⁷³ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 206.

⁸⁷⁴ En este sentido se expresa WINSLOW, Anastasia, “Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody and Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.”, *Southern California Law Review*, Vol. 69, nº 2, enero, 1996, Pág. 807.

⁸⁷⁵ Vid. *Infra*. Capítulo Sexto: Apartados 2.4. y 2.5., Págs. 410 y siguientes.

CAPÍTULO SEXTO

EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PARODIA LÍCITA

*“La función última de la crítica es que satisfaga
la función natural de desdeñar, lo que conviene
a la buena higiene del espíritu.”*

Fernando Pessoa (1888-1935)
Poeta portugués.

1. GENERALIDADES

Como hemos podido ir viendo hasta ahora, con respecto a las excepciones o límites a los derechos de autor nuestro legislador ha optado por establecer una lista de supuestos específicos, tratando de huir de las cláusulas abiertas y en busca de la seguridad jurídica. Por el contrario, en los Estados Unidos y países anglosajones se busca mayor flexibilidad, aplicando más bien una cláusula abierta, en vez de un listado cerrado y concreto. Se trata de la doctrina del *“fair use”*, la cual como hemos visto se ha construido considerando básicamente: a) la finalidad y el carácter del uso; b) la naturaleza de la obra; c) la cantidad de material ajeno utilizado en relación con el conjunto de la obra; y d) sobre todo, el efecto de tal uso sobre el mercado potencial y el valor de la obra. Ahora bien, curiosamente, a pesar de que nuestro TRLPI establece una enumeración concreta de los supuestos que constituyen una limitación a los derechos de autor, con la introducción en el mismo del artículo 40 bis⁸⁷⁶ se establece también un sistema de cláusula abierta. Según dicha norma, los artículos referentes a los límites al derecho de los autores no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio

⁸⁷⁶ Este precepto se ha introducido en el TRLPI en virtud del artículo 4.3 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos.

injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.⁸⁷⁷

De ahí, que el artículo 39 del TRLPI referente a la parodia y objeto principal de este estudio, deba interpretarse de forma restrictiva y ajustándose a los requisitos que de su texto se desprenda de manera específica, de manera que una determinada actividad paródica no podrá ser considerada lícita si se escapa de lo dispuesto en la referida norma. Sin embargo, delimitar tales requisitos no es tarea fácil, toda vez que la propia Ley no se muestra del todo clara en este sentido; la doctrina apenas empieza a profundizar sobre la materia; y la jurisprudencia es más bien escasa y muy distanciada en el tiempo.⁸⁷⁸

No obstante lo anterior, Ley, doctrina y jurisprudencia en mano, a continuación trataremos de concretar los requisitos que debe cumplir el parodista para que su actuación se entienda incluida dentro de los márgenes del límite.

2. LOS REQUISITOS DE LICITUD DE LA PARODIA

Ante la discusión sobre la existencia o no de parodia, los tribunales, como primera medida, tienen que saber distinguir los elementos que la configuran como tal. A estos efectos, como hemos visto, la parodia debe serlo conceptualmente y, en su ejercicio, debe cumplir las condiciones legalmente impuestas; esto es, que afecte a una obra concreta, que esa obra se encuentre divulgada, que no implique riesgo de confusión con la obra parodiada y que no cause daño a la obra preexistente ni a su autor.

⁸⁷⁷ Vid. ERDOZAIN, José Carlos, “La doctrina del fair use y la regla de los tres pasos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Págs. 111 y 112.

⁸⁷⁸ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 221.

Entre unos requisitos y otros se establecen ciertas relaciones de dependencia, y son aspectos estos que estudiaremos a continuación, deteniéndonos antes a determinar el efecto que debe conseguir la parodia para ser considerada como tal, lo cual, a nuestro entender, es también uno de los requisitos de su licitud.

2.1. *Del efecto que debe conseguir la parodia*

“Sin la existencia de intención, calificar a la obra de paródica sería erróneo, pues sin la expresa y consciente voluntad del autor de crear un vínculo con el lector remitiéndolo a una obra o modelo de referencia, no puede existir parodia. Pero además de la intención paródica, es necesario que se transmita al público unos contenidos críticos ineludiblemente relacionados con la obra originaria utilizada.”⁸⁷⁹

Tales contenidos deben ser críticos en el sentido de pretender destruir o atacar duramente la obra preexistente, por lo que la posibilidad de utilizar una obra ajena para alabarla u honrarla, no tiene cabida en la parodia. Como tampoco tendría cabida en la parodia, a nuestro juicio, la posibilidad de usar una obra ajena para criticarla seriamente, ya que para eso pudiera más bien acudir a lo dispuesto en el artículo 32.1 del TRLPI relativo al límite de cita, o puede hacerse, incluso, sin necesidad de utilizar ninguno de los elementos de la obra primigenia. Y es que, en definitiva, la parodia es una forma

⁸⁷⁹ Así opina SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 126. Parcialmente en contra se expresa PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 17, quien sostiene que el parodista no necesariamente debe tener la intención de criticar para conseguir tal objetivo. En este sentido, dicho autor establece lo siguiente: “Eso no obstante, no significa que el parodista deba tener la conciencia y la finalidad subjetiva de criticar; puede simplemente tener la intención de burlarse de la obra de otro. Lo bueno de la parodia es que, objetivamente, logra esa finalidad de crítica con independencia de la finalidad subjetiva de su autor.”

específica de crítica,⁸⁸⁰ no una simple fórmula para aprovecharse del esfuerzo creador de un tercero.⁸⁸¹

Ahora bien, como puede intuirse de lo anterior, la forma de expresar dicha crítica vendrá representada normalmente en clave de humor.⁸⁸² En efecto, “el humor y su pariente el ridículo son el mejor purgante y las mejores y más sutiles armas disuasorias que tiene el individuo para denunciar en el presente situaciones con las que puede no estar de acuerdo y prevenir que se produzcan en el futuro. Si la parodia es buena y da en el clavo –lo que no siempre es así- habrá logrado para el futuro depurar los puntos débiles del pasado: el mercado de las formas y los gustos artísticos está en condiciones de valorar parodia y original y extraer las lecciones correspondientes.”⁸⁸³

No obstante, ha de tenerse en cuenta que la parodia es una actividad imitativa que se caracteriza por el resultado paródico, entendido como hemos dicho, como crítica humorística,⁸⁸⁴ de modo que parece consustancial a la parodia su efecto cómico.⁸⁸⁵ Pero,

⁸⁸⁰ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 126.

⁸⁸¹ Véase en este sentido a NUNNENKAMP, Kenneth, “Musical parody: derivative use or fair use?”, *Loyola Entertainment Law Journal*, 7, 1987, Pág. 313, quien entiende que cuando la parodia no sea más que el intento del parodista de aprovecharse del esfuerzo y el éxito de otro autor, la misma no merecerá ser amparada por el ordenamiento jurídico.

⁸⁸² En sentido similar se expresa ERDOZAIN, José Carlos, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 151, quien al efecto establece que: “A fin de evitar confusión con la obra preexistente, el carácter jocoso o burlesco de la parodia o de la caricatura debe ser obvio.” De la misma manera, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de febrero de 2000 (AC 2000/848), que además de referir el uso a título de parodia, como no comercial, al uso ocasional o esporádico, indica que el uso a título de parodia, caricatura o pastiche deberá consistir en un uso jocoso o gracioso, burlesco, de la obra de que se trate.

⁸⁸³ PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 17.

⁸⁸⁴ En palabras de LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 208, “es el elemento crítico de la verdadera parodia lo que justifica una defensa en base al fair use.”

⁸⁸⁵ En contra DONALDSON, Michael C., “The legal community: Intellectual Property: Parody, satire and jokes”, *Metropolitan News Enterprise*, 29 de enero de 2009, Págs. 11 y siguientes, quien entiende que la parodia es crítica o comentario de una obra anterior, pero alega que el humor no tiene nada que ver con ello aunque reconoce que en numerosas ocasiones (la mayoría) nos puede arrancar alguna risa.

como bien apunta ESPÍN ALBA, el humor no es necesariamente comicidad, en el sentido de provocador de la risa. De hecho, una imitación burlesca, por la propia temática que se quiera abordar, puede producir un efecto humorístico irónico, alejado de la risa.⁸⁸⁶ Así que la cuestión es complicada, porque en realidad no queda claro qué clase de humor se requiere para que exista, en efecto, parodia. A estos efectos, entendemos que no sólo debe entenderse como parodia aquella que responde al criterio habitual de la misma en el sentido de hacernos reír a carcajadas, sino que también podría caber dentro del concepto aquella que, a través de la ironía, produzca un efecto crítico.⁸⁸⁷

Por otra parte, y a pesar de que lo que se persigue es, en principio, un efecto humorístico, ello no necesariamente quiere decir que sólo las obras serias pueden ser parodiadas, ya que también podría alcanzarse dicho efecto en clave de humor con el cambio de lo divertido a lo serio.⁸⁸⁸ De la misma manera, cabría también la actividad paródica cuando se obtenga un resultado humorístico de la transformación de una obra ya de por sí cómica, siempre que se cumplan el resto de los requisitos de licitud de la parodia.⁸⁸⁹

⁸⁸⁶ Vid. ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 283. En sentido similar se expresa SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 131 a 138.

⁸⁸⁷ En este sentido, véase lo dispuesto en QUAEDEVLIET, Antoon, “Four spicy dilemmas for literary parody”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008, Pág. 353.

⁸⁸⁸ Así parece entenderlo la jurisprudencia cuando en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 10 de octubre de 2003 [AC 2003\1895] establece lo siguiente: “*Ahora bien, no toda representación (o por mejor decir, recreación) de una obra ajena resulta susceptible de incurrirse en el concepto citado [de parodia], pues, únicamente cabe predicar el mismo de aquel que consista en la reproducción de una obra muy conocida e introduzca en ella un cambio de actitud tendente a su ridiculización, bien por incorporar un acusado elemento cómico a lo que es serio o por dotar de fingida seriedad a lo que es, por esencia, jocoso.*” En realidad, en la referida sentencia los conceptos no están muy bien delimitados, toda vez que se refiere a “reproducción” de la obra preexistente, en lugar de hablar de transformación de la misma, y aspectos por el estilo, pero en definitiva deja clara la idea que aquí queremos expresar.

⁸⁸⁹ Vid. FRANÇON, A., “Questions de droit d’auteur relatives aux parodies et productions similaires”, *Le droit d’auteur*, Vol. 101, 1988, Pág. 304.

No obstante, la fórmula no es para nada sencilla, toda vez que, como bien apunta RODRÍGUEZ TAPIA, la simple comicidad no necesariamente indicará que estamos ante una verdadera parodia, ya que, por ejemplo, el tono jocoso o ligero de un arreglo musical no le confiere, por este solo hecho, el carácter de parodia. A estos efectos, el referido autor pone como ejemplo a la famosa obra musical *All my loving*, de los Beatles, “arreglada” por Los Manolos a un flamenco-pop.⁸⁹⁰ Así, parece evidente que no todo lo que se tilde vulgarmente de parodia, encajará dentro del supuesto del artículo 39 del TRLPI.

En definitiva, la mayor parte de la doctrina sostiene que la parodia debe perseguir, en principio, un efecto humorístico y detrás de ello debe encerrarse una crítica hacia la obra preexistente.⁸⁹¹ Sea como fuere, señala PERDICES HUETOS que el reconocimiento en una obra artística de los elementos que objetivamente ponen de manifiesto la naturaleza humorística de una obra no plantea de hecho mayores dificultades, sin que parezca necesaria al efecto una peritación.⁸⁹² No obstante, recordemos que estamos ante una figura compleja y habrá que atender a las circunstancias específicas de cada caso en concreto.

⁸⁹⁰ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 39”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 194.

⁸⁹¹ A estos efectos, FABIANI, Mario, “La protezione giuridica della parodia con particolare riferimento a resenti orientamenti di giuristi stranieri”, RIDA, 1985, Pág. 463, entiende que la parodia sólo está justificada cuando además del efecto humorístico, se hace crítica de la obra parodiada. Por su parte, PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 22 y 23 establece que humor y crítica se encuentran tan inextricablemente entrelazados en la parodia que no es posible separarlos; es decir, que no es posible impedir el uno sin por eso restringir la otra. Sin embargo, SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 129, indica firmemente que donde no exista una crítica evidente, no existirá parodia, descartando por tanto la licitud de la parodia meramente cómica o burlesca a no ser que para su creación se hayan utilizado materiales desprotegidos o haya obtenido la preceptiva autorización del autor de la obra preexistente. De la misma manera, el autor defiende la posibilidad de hacer parodias serias, separando así el humor de la crítica.

⁸⁹² Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 22.

2.2. Divulgación de la obra original

La parodia se configura como un límite al derecho patrimonial de transformación, pero en ningún caso limita al derecho moral de decidir acerca de la divulgación de la obra. De esta manera, uno de los principales requisitos para que una determinada actividad paródica sea considerada lícita es precisamente que la obra que se pretende parodiar halla sido previamente divulgada.

En este sentido, el artículo 4º del TRLPI nos viene a indicar cuándo una obra ha sido divulgada al establecer lo siguiente:

“A efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma; y por publicación la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma.”

De lo anterior, podemos inferir que el acto de publicación también podría dar como cumplido el requisito de divulgación exigido para la parodia, ya que el referido artículo 4º señala que la publicación es una forma de divulgación.⁸⁹³

Por lo demás, como ya hemos adelantado, esta disposición viene a respetar el derecho moral del autor establecido en el artículo 14.1 de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma;⁸⁹⁴ así como también podría concordar en ciertos casos con el debido

⁸⁹³ Para un estudio más profundo en relación con la divulgación de obras intelectuales vid. PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, Carmen, *Derecho de Autor: La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, 1993, Págs. 346 y 347.

⁸⁹⁴ Según lo dispuesto en el artículo 14.1º del TRLPI “corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente. (...)”.

respeto al honor y a la intimidad del autor de la obra originaria.⁸⁹⁵ “Y es que, toda vez que la obra nace en el seno de la intimidad del autor, y aunque por naturaleza está llamada a hacerse pública, corresponde exclusivamente al autor decidir su publicación, lo que significa que mientras no se produzca un acto libre de su voluntad, la obra debe permanecer inédita o reservada.”⁸⁹⁶

Desde esta perspectiva de los derechos morales, tal y como señala SOL MUNTAÑOLA, la explotación de una parodia realizada sobre una obra no divulgada significaría su automática ilicitud por infracción del derecho de divulgación del autor parodiado, como pasa también en la divulgación de la traducción de la obra traducida no divulgada. Sin embargo, en el supuesto de la parodia lícita, si el autor de la obra parodiada pretendiera retirar su obra del comercio, en ejercicio del derecho moral contemplado en el artículo 14.6 del TRLPI, en nada afectaría a la obra paródica. Tal retirada no supondría la consecuente retirada de la parodia. Es decir, una vez la Ley reconoce a la parodia como obra lícita, ésta disfrutará desde el mismo momento de su creación de la protección que le confiere el Derecho de autor y nada se puede hacer contra su explotación.⁸⁹⁷

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, más que ser visto como una imposición legal, el requisito de que la obra preexistente haya sido divulgada, e incluso ampliamente difundida, debe entenderse como un elemento congénito a toda parodia, ya que el efecto imitativo que implica la parodia quedaría del todo disuelto, si la crítica se

⁸⁹⁵ El artículo 7.3 de 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, establece lo siguiente: “*Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2º de esta Ley (...) 3(...) la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias y otros escritos personales de carácter íntimo*”.

⁸⁹⁶ BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual Su Significado en la sociedad de la información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Trivium Editorial, Madrid, 1988, Pág. 205.

⁸⁹⁷ Vid. SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 224.

dirigiese a una obra desconocida.⁸⁹⁸ Es más, hay quienes sostienen que para ser objeto de parodia la obra no sólo debe estar divulgada, sino ser una obra reconocida y de cierta implantación social en el público al que va dirigida, hasta el punto que ser parodiado es considerado como una señal de éxito.⁸⁹⁹

No obstante, a nuestro juicio, esta afirmación, que en la mayoría de los casos de parodia probablemente sea del todo cierta, debe ser estimada con cierta precaución, toda vez que puede darse el caso de que la obra preexistente sea vastamente conocida para un determinado público y no para el público en general, y no por ello dejará de tener la consideración jurídica de parodia si reúne el resto de los requisitos que establece al efecto el TRLPI.

Ahora bien, no deja de ser cierto que cuanto más conocida sea la obra protegida, más posibilidades tendrá de ser un objetivo paródico. Pues, de la misma manera, “cuanto mejor conocida sea la obra de referencia mejor justificación tendrá el límite de parodia. Es lógico; uno de los requisitos del ejercicio paródico es que la obra esté divulgada, pero una de las características consustanciales a toda parodia es el aprovechamiento del éxito de una obra para montar encima su aparato crítico, por lo que es más fácil de entender que la parodia tenga por objetivo una obra muy conocida que la parodia que utiliza una obra muy poco conocida, en donde la alegación de parodia se verá, en principio, como una probable excusa.”⁹⁰⁰

⁸⁹⁸ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 569. En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 661.

⁸⁹⁹ En este sentido PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 29.

⁹⁰⁰ SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 224.

2.3. Del material ajeno utilizado

“En la construcción de un modelo paródico su creador puede hacer uso de materiales protegidos por el derecho de autor, pero también puede echar mano de materiales no protegidos, bien porque se trate de obras en dominio público bien debido a la ausencia de originalidad del material intelectual utilizado.”⁹⁰¹ Ahora bien qué tanto de esos materiales necesita el parodista tomar para conducir al público que la aprecia hacia la obra que se está parodiando, es lo que se discute a continuación.

2.3.1. La imitación de una obra ajena

Según el diccionario de la lengua de la Real Academia española, el verbo imitar tiene varias acepciones: 1) Ejecutar algo a ejemplo o semejanza de otra cosa; 2) Dicho de una cosa: Parecerse, asemejarse a otra; y 3) Hacer o esforzarse por hacer algo lo mismo que otro o según el estilo de otro.⁹⁰² Como vemos, todos estos posibles significados tienen un denominador común, y es que, todos ellos se refieren a un elemento del que se toman ciertos aspectos para intentar asemejarse a él.⁹⁰³

⁹⁰¹ ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 277.

⁹⁰² V.V.A.A., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid, 1992. Puede ser consultado en línea en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rae.es>.

⁹⁰³ De hecho, al referirnos a la imitación de forma más específica a ámbitos concretos, vemos que en psicología, “la imitación es la reproducción de ciertos fenómenos, como una postura, un gesto o un acto. La imitación se produce en los seres humanos y en los animales. En el hombre, la mayoría de las conductas y comportamientos sociales, como la educación, las tradiciones y costumbres, o la moda, se basan en la imitación.” Asimismo, cuando hablamos de imitación en el campo musical nos encontramos con que se trata de la “repetición de un fragmento rítmico o melódico por parte de las distintas voces que constituyen una obra polifónica. Existen varios tipos de imitación y cada uno de ellos refleja una forma musical determinada: canon, fuga, *ricercare* e imitación libre, entre otras. La repetición de un determinado fragmento puede realizarse de dos maneras básicas. La imitación estricta consiste en repetir el fragmento sin ningún tipo de variante, tal y como aparece en la exposición del mismo. La forma libre se basa en recoger el mismo fragmento pero realizando una serie de modificaciones: a distinta interválica, aumentándolo o invirtiéndolo. Incluso se puede variar el ritmo y el orden melódico existente dentro del fragmento siempre que éste sea reconocible. Normalmente, la entrada de las voces consecuentes (voces que siguen a la exposición del tema) después de la voz antecedente (en el caso de las fugas, el sujeto), se realiza de forma contrapuntística, sin que la exposición llegue a su fin. En el caso de

De conformidad con tales definiciones, y tomando en cuenta la propia naturaleza de la parodia, entendemos que la imitación, entendida como la referencia a un modelo, es un elemento constitutivo de la construcción paródica.⁹⁰⁴ Y es que la parodia “exige en su esencia un referente al que remitirse”⁹⁰⁵ y no tiene posibilidad de existir si no mantiene elementos formales de la obra preexistente, cuanto menos para que el receptor sea capaz de identificarla.⁹⁰⁶ De esta manera vemos que, en toda parodia, la toma de elementos de la obra preexistente siempre será necesaria, el problema radicará, entonces, en la cantidad de elementos ajenos que se tomen para la construcción paródica y el uso concreto que se haga de ellos.

2.3.2. Utilización de materiales desprotegidos

Como hemos visto, “la parodia implica el uso de una obra preexistente junto con la aportación de expresión original por parte de su autor, ya sea en mayor o menor medida.

las fugas, suele aparecer el sujeto aislado, sin dar entrada a la imitación hasta no haber finalizado. La imitación ha sido utilizada en todas las épocas desde aproximadamente el siglo XII, con motetes y conductus, hasta nuestros días, aunque con el paso del tiempo esta fórmula se ha orientado más hacia la imitación libre, menos sujeta a las normas contrapuntísticas del barroco.” Vid. Voces “Imitación (psicología)” e “Imitación (música)”, en Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://es.encarta.msn.com> © 1997-2008 Microsoft Corporation. De esta manera vemos que, con independencia del ámbito de que se trate, el elemento característico es en todo caso, la semejanza de elementos.

⁹⁰⁴ Esta es una opinión sostenida por la práctica totalidad de los doctrinarios, entre los que cabe señalar a POSNER, Richard A., “When is Parody Fair Use?”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXI, 1992, Pág.70. Por su parte, SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 558, también relaciona a la parodia con la acción de imitar, al igual que ESPÍN CANOVAS, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996, Pág. 142.

⁹⁰⁵ PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 29. De la misma manera, FABIANI, Mario, “La protezione giuridica della parodia con particolare riferimento a resenti orientamenti di giuristi stranieri”, *RIDA*, 1985, Pág. 461, entiende que la actividad paródica implica un cierto “parasitismo intelectual” dado que es necesario que logre evocar en la mente de los receptores la obra parodiada.

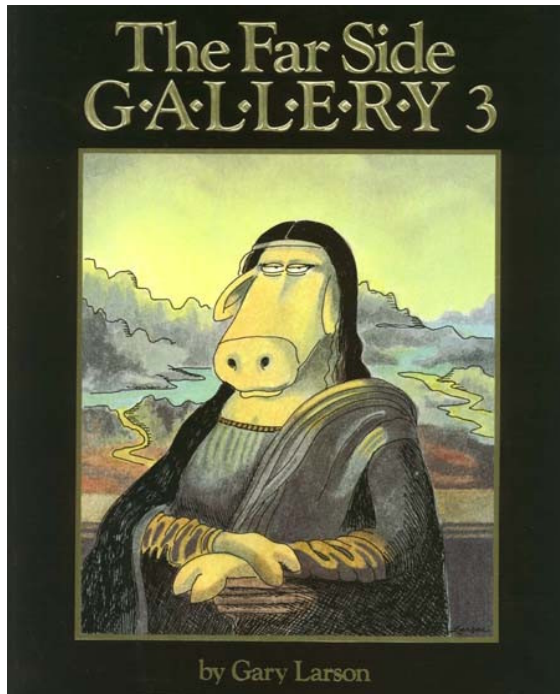
⁹⁰⁶ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 142. El referido autor establece, además, una clara distinción entre la imitación y la simple inspiración. A estos efectos, define a la segunda como un término de connotaciones espirituales que trata de explicar la toma de elementos preexistentes del ámbito de la esencia creativa, no del de la forma. Por su parte, a la imitación, en el contexto paródico, la define como la toma material de elementos formales de la creación preexistente de otro autor.

Sin embargo, en ocasiones las parodias no requieren el uso de elementos de la(s) obra (s) parodiada(s) protegidos por derechos de autor, ya sea porque se encuentran fuera del ámbito objetivo de la ley o porque han pasado al dominio público. Dentro del primer supuesto caben encauzarse concretamente, las situaciones en las que el objeto de la parodia no es una sola obra, sino la obra completa de un escritor (o de un pintor o compositor) —en resumen, su estilo o sus opiniones. El estilo no es protegible por derechos de autor, ni tampoco las ideas, las opiniones o todo un género (por ejemplo, el soneto, la novela gótica o la comedia musical), siendo posible evocar un estilo particular, un punto de vista o un género sin emplear las mismas palabras, personajes o argumentos que el escritor. Así pues, dado que los personajes estereotipados (por ejemplo, el detective incorruptible, el avaro, el *latin lover*) y la trama estándar (los amantes desventurados, etcétera) tampoco se encuentran protegidos por el derecho de autor, cuando un parodista toma estos elementos o bien los otros que hemos mencionado más arriba o cualesquiera otros similares (no se trata de una lista exhaustiva) de una obra ajena que sí está protegida no estará cometiendo infracción alguna.”⁹⁰⁷ De la misma forma, no se estará cometiendo infracción alguna cuando se utilicen elementos de una obra que esté en el dominio público, ya que en estos casos han perecido los derechos de autor sobre la obra originaria. Ejemplo de este tipo de parodia, serían los cómics de Gary Larson, quien en ocasiones utilizaba obras caídas en el dominio público como forma de crítica surrealista a la realidad social de un momento determinado.⁹⁰⁸

⁹⁰⁷ LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Págs. 197 y 198.

⁹⁰⁸ Fuente de la imagen: LARSON, Gary, *The Far Side Gallery 3*, Andrews and McMeel, Kansas City, 1988.

En casos como los del ejemplo, aunque la crítica en sí misma no va dirigida a la obra en cuestión (*weapon parody*), no hay vulneración de los derechos de autor, porque tales



derechos al estar en el dominio público no existen.

Dicho esto, claro está, con la expresa salvedad de que subsisten de todas formas los derechos morales que recaen sobre la obra, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 41 del TRLPI. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, el verdadero problema puede surgir, con independencia del tipo de parodia de que

se trate, cuando en la actividad paródica se utilizan elementos protegidos de obras preexistentes.

2.3.3. Utilización de materiales protegidos

Como bien apuntan LANDES y POSNER, cuando el parodista utiliza elementos protegidos de la obra parodiada, por muy brillante que sea su aportación creativa, puede tratarse de un hecho constitutivo de infracción. La combinación de elementos protegidos con los propios que agregue el parodista dará lugar, sencillamente, a una obra derivada y sabemos que la normativa sobre derechos de autor asigna justificadamente el derecho a autorizar o prohibir la explotación de tal obra derivada, y ello con independencia de si la obra derivada es de mayor calidad o tiene un valor comercial superior a la

preexistente.⁹⁰⁹ Así, “el riesgo de incurrir en algún tipo infracción surge sólo cuando el parodista toma materiales protegidos de la obra originaria.”⁹¹⁰ Y es este en realidad el supuesto que nos interesa estudiar ya que, como hemos visto, la utilización de materiales desprotegidos no conlleva vulneración de derechos y es perfectamente lícita. De esta manera, será de este particular supuesto al que nos refiramos en el apartado siguiente cuando intentemos deslindar la cantidad de material ajeno que es posible utilizar en la parodia para que la misma sea considerada lícita.

2.3.4. De la cantidad de material ajeno utilizado

Según lo que hemos visto hasta ahora con relación al derecho de transformación, se pueden entender las razones que impulsan al legislador a exigir autorización a quien transforma una obra y lo hace en serio, con su mejor oficio e intención, instrumentándola para distintas posibilidades. Ahora bien, lo que la mayor parte de la doctrina no acaba de entender, es que no requiera autorización transformar una obra en broma o con esa intención, quizá sin la técnica ni la formación del serio transformador, con ánimo de lucro y con el riesgo potencial de denigración del autor y de confusión de la obra como no sea que se trata de una transformación parcial de la obra parodiada.⁹¹¹

Ahora bien, esta idea sólo podemos utilizarla como punto de partida, ya que el determinar cuánto material ajeno se puede tomar el parodista para hacer su obra, no es

⁹⁰⁹ LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 198.

⁹¹⁰ POSNER, Richard A., “When is Parody Fair Use?”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXI, 1992, Pág.68.

⁹¹¹ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José M., “Comentario al artículo 39”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 195. En sentido similar, véase FRANÇON, A., “Questions de droit d’auteur relatives aux parodies el productions similaires”, *Le droit d’auteur*, Vol. 101, 1988, Pág. 303.

tema sencillo y despierta posiciones muy diversas en la doctrina. No hay duda de que, como hemos visto, el parodista necesita “copiar” de la obra preexistente elementos protegidos y/o desprotegidos para conducir al público al que va dirigida hacia la obra que se está parodiando.

Según lo plantea SOL MONTAÑOLA, el problema se plantea en relación con una premisa lógica: cuanto más se acerque la obra paródica a la parodiada, cuantos más elementos tome, cuantos más parecidas sean las características que hagan reconocible a la obra originaria, mejor será el efecto paródico. En consecuencia, la tendencia del parodista será la de aproximarse tanto como pueda, según su criterio. Inicialmente, la única guía válida que puede darse en este ámbito es que el parodiador podrá tomar de la obra parodiada el material necesario para que la parodia cumpla su fin. Es la conclusión a que llegan tribunales y doctrina en todos los países y de forma mayoritaria: debe tomarse lo mínimo posible, lo imprescindible, lo oportuno, lo adecuado al fin que se persiga.⁹¹² Esta evocación del modelo parodiado, conocida también como “*recall up*”, se proclama para señalar que es posible evocar la obra originaria en la medida suficiente para crear la parodia sin llegar a la copia servil de partes sustantivas.⁹¹³ Claro que determinar qué se entiende exactamente por “lo mínimo posible”, “lo adecuado al fin que se persiga”, “lo adecuado” o “lo oportuno”, resulta del todo impreciso y normalmente habrá que estudiar con detenimiento las circunstancias particulares de cada caso concreto. De esta manera, como hemos dicho, la teoría de la utilización parcial de la obra preexistente debe observarse con cuidado.

⁹¹² Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág.147 y 148.

⁹¹³ Vid. ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 290.

Y es que piénsese por ejemplo en la parodia de una obra plástica en donde necesariamente tendrá que tomarse gran parte de su esencia para poder llevarla a cabo, y según esta posición su licitud sería bastante cuestionable.⁹¹⁴ Asimismo, habría pues que cuestionar también la licitud de la parodia musical en la que se mantenga inalterada la música, sustituyéndose la letra por otra más jocosa.⁹¹⁵ A estos efectos, cabe recordar lo ya dicho de que si el autor de la música es distinto al de la letra, se está permitiendo sin más que se utilice el 100 por 100 de su aportación, lo que iría en cierta forma en contra del artículo 7.3 del TRLPI,⁹¹⁶ y podría tratarse de una vulneración. De la misma manera también es cuestionable la utilización de personajes de cómic, por ejemplo, simplemente alterando el contexto habitual del personaje.⁹¹⁷ Es decir, que la teoría de “lo mínimo posible” en realidad no viene a aclarar para nada la situación.

Desde luego, lo que parece claro es que “extralimitarse” –aunque nunca sepamos a ciencia cierta cuáles son tales límites- en el material copiado es muy probable que lleve a los tribunales a sostener que no se trata de una parodia lícita.

Así, en los Estados Unidos, en el caso *Rogers v. Koons* se rechazó la defensa con base en el *fair use* y se resolvió que la famosa escultura de los cachorros de Jeff Koons infringía los derechos de autor del demandante sobre una fotografía en blanco y negro,

⁹¹⁴ De manera parecida se expresan LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 203, quienes entienden que hay casos en los que la parodia será ineficaz si no reproduce la totalidad de la original y que, en general, cuanto más breve sea la obra original, más habrá que copiar de ella para evocarla en la mente del público.

⁹¹⁵ No obstante, en contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) de 2 de febrero de 2000 (AC 2000\848), respecto la parodia del programa televisivo “La Parodia Nacional”.

⁹¹⁶ En este sentido, recordemos que el artículo 7.3 del TRLPI establece lo siguiente: “A reserva de lo pactado entre los coautores de la obra en colaboración, éstos podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común.”

⁹¹⁷ Vid. BERCOVITZ, Germán, “Parodia” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Págs. 110 y 111. Sobre este respecto, nos reiteramos en lo dicho anteriormente sobre la parodia de personajes de una obra concreta y determinada.

transformada por Koons en una escultura colorista de gran tamaño en la que apenas había aportado expresión nueva.⁹¹⁸

En este caso en particular, Koons compró una postal en la que se podía visualizar una fotografía de la autoría de Rogers en la que aparecían varios cachorros con sus amos, recortó la advertencia de derechos de autor de la postal y llevó a cabo una escultura basada en la fotografía, a la que llamó *A String of Puppies*.



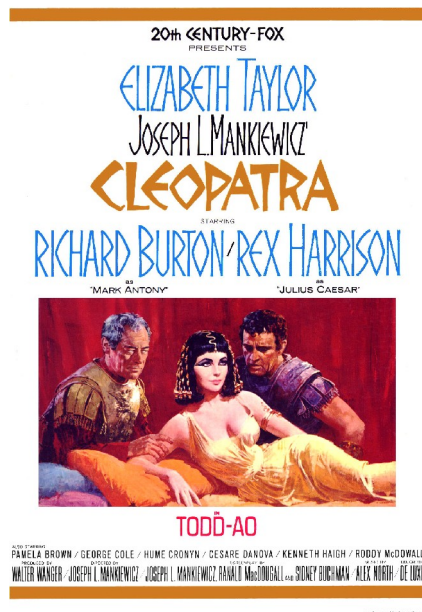
Fotografía de Art Rogers titulada “Puppies” (1980) y escultura en madera tallada de Jeff Koons titulada “String of Puppies” (1998). Fuente: http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/image_rights.htm

Koons sostenía que su obra debía recibir un privilegio semejante al de un comentario satírico o una parodia, porque al situar la imagen de los cachorros y sus dueños en un contexto diferente describía de forma crítica un sistema político y económico que concedía demasiada importancia a los productos fabricados en serie.

Cierto es que Koons alteró las expresiones faciales a fin de que la pareja apareciera representada de forma un tanto ridícula y también es cierto que expuso la escultura en lo que el denominó como su “Banality Show” (el “Espectáculo de la Banalidad”, en español). Sin embargo, el tribunal resolvió que la esencia de la fotografía de Rogers se

⁹¹⁸ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (2d. Cir. 1992).

había copiado casi en su totalidad, mucho más de lo que hubiera sido necesario si la escultura fuera una parodia de la obra del demandante. En resumen, el tribunal entendió que no era realmente un caso de parodia, sino de plagio.



Algo similar sucedió en el caso *Twentieth Century Fox Film Corp v. Anglo-Amalgamated Film Distributors*,⁹¹⁹ en el Reino Unido. En tal ocasión, los demandados publicitaron su película titulada “*Carry on Cleo*” usando una imagen que la demandante había utilizado para el film de su producción titulado “*Cleopatra*” y sobre la que esta última ostentaba todos los derechos de propiedad intelectual. En la imagen originaria, podía apreciarse a Cleopatra (Elizabeth Taylor) sobre una cama con César y Marco Antonio a cada uno de sus lados.

Los demandados transformaron la imagen originaria, reemplazando las cabezas de Richard Burton (Marco Antonio), Rex Harrison (César) y Elizabeth Taylor por las de Sid James, Kenneth Williams y Amanda Barrie, y además agregaron dos figuras debajo de la cama. Ante esta situación, Twentieth Century Fox, aunque no se había opuesto a la producción de la película en sí misma que, de hecho, parodiaba a “*Cleopatra*”, pidió a los tribunales que impidieran la circulación del póster en cuestión.



⁹¹⁹ *Twentieth Century Fox Film Corp v. Anglo-Amalgamated Film Distributors Ltd.* The Times, 22/1/1965, p. 17c; (1965).

Los demandados alegaron que el referido póster era una parodia y que, por lo tanto, no infringía ningún tipo de derechos. No obstante, el tribunal dio la razón a Twentieth Century Fox, entendiendo que haciendo una comparación visual, era evidente que el póster del demandado había reproducido el de la demandante en su práctica totalidad.⁹²⁰

Ahora bien, a nuestro juicio, resulta evidente que si el parodista recurre a la casi completa reproducción de otra obra, su condición estará más bien próxima a la de un plaguario, pero entendemos que el dato de la cantidad no es por sí sólo determinante.⁹²¹

Y es que, como señala SÁNCHEZ ARISTI, las aportaciones del parodista incidiendo tal vez sobre un aspecto relativamente menor de la obra original, pueden producir el suficiente alejamiento con respecto a ella como para desencadenar el efecto humorístico.⁹²²

Así las cosas, nos parece acertada la posición de la doctrina que sostiene que es mejor plantear el tema no desde la perspectiva de la cantidad de material que se toma de la otra obra, sino desde lo que se hace con lo que se toma, ya que la finalidad de exigir esa actividad creativa del parodista es precisamente evitar que éste sea un mero “*free rider*” que se limita a copiar, así como el impedir que la parodia, por ello, sea un sustituto de la obra originaria en el mercado. Eso se logra mejor no impidiendo que se tome una parte

⁹²⁰ Fuente de las imágenes: <http://www.widescreenmuseum.com/posters/cleopatra-todd-ao.jpg> y http://www.learnaboutmovieposters.com/newsite/movies/1960s/1964/reg/carryonCleo_quad2.jpeg.

⁹²¹ En sentido similar se expresan LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 203, cuando sostienen que: “la cantidad de material de la obra original empleada por el parodista es importante, pero su relevancia se limita a cuestiones de prueba. A mayor cantidad de material usado, mayor probabilidad de que el autor de la parodia realmente pretenda hacerla pasar por un sustituto de la original y el público la conciba como tal.”

⁹²² Vid. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 570. Véanse, asimismo, las apreciaciones en este sentido de NUNNENKAMP, Kenneth, “Musical parody: derivative use or fair use?”, *Loyola Entertainment Law Journal*, 7, 1987, Págs. 315 a 318.

fundamental, sino exigiendo que de lo tomado se haga un uso creativo que desemboque en una obra original y propia.⁹²³

2.4. *Inexistencia de riesgo de confusión de la obra derivada con la obra preexistente*

Como hemos establecido anteriormente, todo parece indicar que el elemento clave de la parodia es la crítica a la obra preexistente que normalmente se materializará en clave de humor. De no darse esta situación estaríamos ante una infracción de los derechos del autor de la obra preexistente, probablemente ante un plagio o una transformación no autorizada. Lo difícil es, precisamente, delimitar esa fina línea que separa la parodia de la infracción, ya que uno de los requisitos de licitud que establece el artículo 39 del TRLPI es que no debe haber un riesgo de confusión entre la obra derivada y la preexistente. Es decir que, tal y como señala ESPÍN ALBA, sólo se puede aplicar el límite de la parodia cuando la creación de la misma no depende de la confusión, pues su originalidad está supeditada precisamente a la existencia de dos discursos creativos contradictorios, el originario y el derivado, constituyendo este último una imitación crítica y humorística del primero. Y es que, en definitiva, si se diera una confusión se la parodia competiría deslealmente con la obra preexistente, que si no llega a ser una

⁹²³ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 24. De la misma opinión es ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 289, quien sostiene que “*el problema es una cuestión de análisis del efecto del resultado de la obra derivada en un receptor medio. Es decir, si se hace evidente el carácter paródico o burlesco de la creación, alejándola indiscutiblemente del discurso y de la forma de la obra originaria, no veo que – excluida evidentemente la copia servil- sea tan importante la cuestión cuantitativa.*” Claro está, que esta postura no carece también de múltiples inconvenientes, teniendo en cuenta que el factor de la originalidad es también difícil de determinación al tratarse de un aspecto enteramente subjetivo. Por otra parte, LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 204, nos dejan entrever que la originalidad no sólo ha de predicarse de la obra parodiada, sino que tiene que tomarse en cuenta de igual manera a la obra preexistente: “*cuanto más singular sea la obra parodiada, más fácil será evocarla sin copiar en demasía, quizás ni siquiera sea necesario copiarla.*”

práctica plagiaaria, es cuanto menos parasitaria.⁹²⁴ Esto es lo que algunos doctrinarios denominan como el “elemento material” de la parodia.⁹²⁵

Este requisito, aparentemente tomado de la doctrina y jurisprudencia francesa,⁹²⁶ implica que el público reconozca la obra parodiada pero que no crea que las obras sean las mismas o que hayan sido creadas por el mismo autor.⁹²⁷ La parodia supone una imitación pero ello desde luego no significa la apropiación indebida de una obra preexistente, lo que sin duda afectaría tanto al titular del derecho de ésta última, como a los consumidores. De este modo, se busca evitar que con el pretexto de la parodia se produzca en realidad una copia de la obra originaria que redunde en un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.⁹²⁸ En definitiva, como bien apuntan MARCIANI y SOLÓRZANO, la idea es que el nuevo trabajo producido –la parodia- no pretenda sustituir a la obra original en el mercado. Además, en cierta forma de esta manera se tutela, asimismo, el derecho que tiene el consumidor a recibir información adecuada sobre las obras protegidas por el derecho de autor a que tiene acceso.⁹²⁹

⁹²⁴ ESPÍN ALBA, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006, Pág. 288, quien a su vez cita a SPITZ, B., “Derecho de autor, copyright y parodia, o el mito del uso legal”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur*, núm. 204, 2005, Pág. 118, quien sostiene que “*el criterio acerca de que no se produzca confusión viene a recordar el derecho de marcas y el parasitismo de competencia desleal.*”

⁹²⁵ Vid. por todos, GIMENO, Luis, “Parody of songs: a Spanish case and an international perspective”, *Entertainment Law Review*, 1997, Pág. 20.

⁹²⁶ Resulta interesante destacar que este es un requisito que se presenta también en el tratamiento de la parodia en distintos países como son por ejemplo Estados Unidos y Perú.

⁹²⁷ Véase en este sentido, FRANÇON, A., “Questions de droit d’auteur relatives aux parodies et productions similaires”, *Le droit d’auteur*, Vol. 101, 1988, Pág. 303.

⁹²⁸ En sentido parecido se expresa SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 229, aunque para dicho autor no era necesario incluir tal previsión en el artículo 39 del TRLPI, toda vez que el mismo va implícito en el propio concepto de parodia, y que probablemente hubiera sido mejor incorporar una previsión en sentido positivo, como por ejemplo, la exigencia de singularidad u originalidad de la parodia. Además, el referido autor sostiene que igualmente como requisito del ejercicio paródico es también inoperante, ya que existe la previsión del daño y un artículo 40 bis que se proyecta sobre todos los límites del capítulo II del TRLPI.

⁹²⁹ Vid. MARCIANI BURGOS, Betzabé y SOLÓRZANO, Raúl, “La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 57, Lima, 2005, Págs. 276 y 277. A estos efectos, cabe recordar lo establecido en el artículo 6 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, que establece que “*se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las*

Teniendo todo esto en cuenta vemos que, en realidad, la parodia es un arte muy difícil de practicar. A fin de tener éxito, el parodista debe acercarse lo suficiente a la obra preexistente, ya que de otra forma el público no reconocería la parodia, y simultáneamente debe mantenerse lo suficientemente alejado de ella como para evitar infringir los derechos del autor de la obra parodiada.⁹³⁰ Se trata, en definitiva, de que la parodia debe ser una obra en sí misma.

Así, probablemente lo correcto sería ver la situación desde la óptica que hemos mencionado antes en la que no se tenga tanto en cuenta lo que se toma, sino más bien lo que se hace con lo que se toma. Se debe exigir una actividad creativa suficiente por parte del parodista para que este no utilice libremente la obra preexistente limitándose a copiarla.⁹³¹ De esta manera, la parodia no sería un sustituto de la obra preexistente en el mercado.⁹³²

En efecto, el que la parodia, para ser tal, tenga una entidad suficiente favorecerá al interés primordial de que la misma no sea competencia para la obra parodiada, ya que, según señala PERDICES HUETOS, la misma tendría una sustantividad propia que determinaría su idoneidad para satisfacer gustos y necesidades diversos de los de la obra

prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.” Asimismo, el artículo 8.d) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, establece que es un derecho básico de los consumidores y usuarios “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.”

⁹³⁰ Vid. GIMENO, Luis, “Parody of songs: a Spanish case and an international perspective”, *Entertainment Law Review*, 1997, Págs. 18-22.

⁹³¹ Un ejemplo claro de confusión es el ya citado caso *Rogers v. Koons*, al que hacíamos referencia en el apartado 2.3.4 de este capítulo. Y es que, en definitiva, la confusión vendrá estrechamente relacionada con la cantidad de material ajeno que se utilice en la actividad paródica.

⁹³² En palabras de LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 203, “*en general, la copia que resulta complementaria a la obra protegida por derechos de autor (en el sentido de complementariedad entre clavos y martillos) se considera fair use, pero la copia que sirve como sustitutiva de la obra protegida (como clavos respecto a ganchos o tornillos) no se considera fair use.*”

preexistente.⁹³³ Ahora bien, dado que la interpretación de tales supuestos no carece de importantes aspectos subjetivos, esto es una cuestión que internacionalmente se ha ido dejando a la apreciación de los jueces.

Así por ejemplo, en el caso de *Mattel v. Susanne Pitt*,⁹³⁴ la compañía titular de los derechos sobre las famosas muñecas Barbie perdió una demanda contra la artista británica Susanne Pitt quien creó y distribuyó una serie de muñecas con la cabeza de Barbie incrustada en el cuerpo de muñecas voluptuosas vestidas con atuendos sadomasoquistas.⁹³⁵



En dicha ocasión, la jueza Laura Taylor Swain quien llevaba el caso, entendió que “a conocimiento del tribunal no constaban pruebas de que existiera una línea Mattel de Barbies sadomasoquistas”. Así, se entendía que cabía el uso de la muñeca a título de parodia ya que claramente se estaba llevando a cabo una crítica de la misma, y no se inducía a confusión dado que el uso de Barbie en material pornográfico no significaba una sustitución en el mercado de la muñeca original.⁹³⁶ En otras palabras, el uso impúdico

⁹³³ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 24.

⁹³⁴ *Mattel v. Susanne Pitt*, 229 F.Supp.2d 315, 321-22 (S.D.N.Y.2002).

⁹³⁵ La fuente de la que hemos obtenido la imagen de la creación de Susanne Pitt es <http://www.electrictedge.com/greymatter/archives/archive-11102002-11162002.htm>

⁹³⁶ Según PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 30, el que se produzca un daño económico derivado de que la parodia haya resultado ser un sustitutivo del original y en consecuencia, le haya privado de un sector del mercado es un hecho que raramente sucederá. Dicho autor sostiene tal postura de la siguiente manera: “*En primer lugar, porque toda obra derivada, no sólo la parodia, es en general un sustituto imperfecto de la obra original; el libro y la película, la versión doblada y la original etc., por lo general tienen públicos que son indiferentes y no fungibles entre sí. Eso es especialmente cierto en el caso de esa particular obra derivada que es la parodia; la parodia no es un sustitutivo de la obra parodiada y en principio, no le quitará mercado: por el contrario, son mercados concurrentes o complementarios [...] Es más, la parodia en no pocos casos servirá como forma de publicidad del original.*” Por lo demás, el referido autor también indica que la parodia no supone un daño económico relevante, ya que la obra preexistente

de la referida muñeca no era una modalidad de explotación razonable para Mattel,⁹³⁷ ya que no era probable que en algún momento ésta decidiera incurrir con sus muñecas en el mercado pornográfico y el público podía fácilmente deducir que no se trataba del mismo producto.

Otro ejemplo, pero en el que sí se consideró que se inducía a confusión, fue el que se suscitó en el Tribunal Federal alemán, y que ya comentamos anteriormente,⁹³⁸ donde se estimó ilícita la utilización de Goofy y el Pato Donald, personajes de Walt Disney, que habían sido utilizados para una evocación necrológica de su creador, con pequeñas modificaciones.

Se consideró ilícita aunque el argumento en sí mismo, no imitaba ninguno concreto de Walt Disney. Se resaltó el hecho de que la libre utilización de una obra sin regulación especial en una parodia frente a otras formas de utilización de una obra ajena, es excepcional – y que es necesario en todo caso tomar en cuenta las particularidades creadas. Según dicha sentencia, el sentido de utilización anti-temática falla, cuando se confunde una obra con la otra.⁹³⁹

De la misma manera, recordemos que en el caso de la “Twentieth Century Fox Film Corporation” contra la “Anglo-Amalgamated Film Distributors, Ltd.” comentado en el apartado anterior, los demandantes acusaban de plagio a la otra compañía cinematográfica con respecto a los carteles, en que los demandados anunciaban sus

se supone que es una obra conocida que ya habrá obtenido un notorio beneficio con anterioridad. Dicha posición también es mantenida por WINSLOW, Anastasia, “Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody and Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.”, *Southern California Law Review*, Vol. 69, nº 2, enero, 1996, Págs. 781, 783, 785, 786 y 807.

⁹³⁷ Para SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 238, por “modalidades de explotación razonables” se entiende que son “aquellas que, adecuadas a la naturaleza de la obra, y coherentes con la explotación actual de la misma, es previsible pensar que el autor (o el titular) puede realizar por sí mismo o mediante el otorgamiento de licencias a terceros.”.

⁹³⁸ Vid. Supra. Capítulo Quinto, Apartado 5.1.- Situación actual de la parodia en derecho comparado: Europa, Pág. 337.

⁹³⁹ Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 26 de marzo de 1971 (BGH GRUR 1971, 588, 589).

películas, que eran prácticamente idénticos a los utilizados por los demandantes para anunciar las suyas. Como es de recordar, los demandados alegaban que dichos carteles anunciadores eran simplemente una parodia de los carteles de los demandantes. Sin embargo, los jueces estimaron que ambos carteles, eran tan parecidos que inducían a confusión, por lo que no podían tomarse por una parodia. Y es que, en casos como este, y como en el de *Rogers v. Koons*, también comentado en el apartado anterior, la parodia parece más bien una obra no paródica derivada de la obra preexistente, porque al ser ambas obras tan similares, no es posible conseguir el tono crítico necesario para la aplicación del límite, como tampoco se aprecia ningún tipo de giro humorístico,⁹⁴⁰ ni la posibilidad de que el receptor distinga entre una obra y otra. Por lo tanto, trabajos de esta naturaleza han de ser considerados ilícitos.⁹⁴¹ Así, *la parodia que lleve a confusión simplemente no será parodia, y no es ni siquiera necesario que la Ley lo recuerde; es obvio, pues en todo caso, la parodia no puede ser una simple excusa para aprovecharse*

⁹⁴⁰ En opinión de DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Págs. 464 y 465, siendo un factor crucial para reputar si se produce confusión o no en el público, el aspecto humorístico del resultado de parodiar, no es el único a valorar, y hay que tener en cuenta, por ejemplo, el grado de difusión de la obra parodiada, porque podría darse el caso en el que una parodia de una obra prácticamente desconocida lleve al público a creer que se trata de una obra humorística enteramente original del segundo autor. Por esta razón, la referida autora mantiene la posición general en materia de parodias, esto es, que en la comprobación del requisito ahora estudiado, habrá que analizar caso por caso.

⁹⁴¹ Vid. GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “El uso de secuencias audiovisuales ajenas en los programas de televisión”, *Revista del Poder Judicial* núm. 70, 2003, Pág. 85. En sentido similar se expresa DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 464 cuando establece que el riesgo de confusión entre la obra parodiada y la parodia se evita si se obtiene el efecto humorístico, porque de otra manera el público no puede distinguir entre la primera obra y versión seria de la misma. La referida autora, además, señala lo siguiente: “Por eso, cuando la transformación que se opera en la obra primigenia no alcanza a lograr el tono burlesco o humorístico hay riesgo de confusión para el público, el cual debe conocer en todo momento a quién corresponde la autoría de cada obra y también su verdadero contenido y estructura. Efectivamente, una modificación de una obra que no logra el resultado cómico, puede llevar al público a las siguientes deducciones erróneas; que la segunda obra, siendo prácticamente idéntica a la primera es creación del segundo autor; que la segunda obra, con los elementos nuevos, es la obra original del primer creador, y, cuando el resultado sea una obra derivada [que a nuestro entender lo será siempre en el caso de parodias] que ésta es creación original del segundo autor o la versión originaria del primero. En todos estos casos hay que entender que se produce confusión entre la obra originaria y la presunta parodia y, por ello, que no se cumple el requisito que exige la ausencia de estos equívocos.”

*de la creación de otro.*⁹⁴² De esta manera, más que de una parodia que confunda, “debería hablarse de una imitación que trata de excusarse *in extremis* en el concepto de parodia. El autor que pretenda hacer una parodia deberá lograr imitar una obra creando una nueva, pero manteniendo vivos los lazos con aquella de la que trae causa. Si la obra nueva se confunde con la originaria, hasta el punto de ser indistinguible, ya no será parodia. Si, por el contrario, la obra nueva es singular, se distingue objetivamente de la obra parodiada, entonces conceptualmente existirá parodia.”⁹⁴³

2.5. Que no se infiera un daño a la obra originaria

Como hemos visto, los derechos morales de los autores son inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. A pesar del fallecimiento del autor y aunque su obra haya pasado a dominio público, este pervive por intermedio de su creación y conserva incólume su derecho a que la obra sea respetada en su integridad.⁹⁴⁴ Y es que, en definitiva, *el público tiene derecho a conocer expresiones creativas genuinas, no bastardeadas.*⁹⁴⁵

Evidentemente, esta exigencia también prima en la parodia y se constituye como su elemento moral. Y es que, la parodia no puede ser justificada si daña el honor o la reputación del autor o a la obra misma, ya que, tal y como lo adelantamos, esto está

⁹⁴² Traducción propia de lo establecido en GIMENO, Luis, “Parody of songs: a Spanish case and an international perspective”, *Entertainment Law Review*, 1997, Pág. 21. En sentido similar se expresa VATTIER FUENZALIDA, C., “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, *ADC*, julio-septiembre, 1993, Pág. 1078, quien advierte sobre la posibilidad de la existencia de un plagio cuando no se respeta el requisito de la inexistencia de confusión.

⁹⁴³ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 163.

⁹⁴⁴ Vid. MARCIANI BURGOS, Betzabé y SOLÓRZANO, Raúl, “La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 57, Lima, 2005, Pág. 277.

⁹⁴⁵ VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, Pág. 90.

indudablemente relacionado con la posible infracción del derecho moral a la integridad⁹⁴⁶ de la obra.⁹⁴⁷

No obstante lo anterior, debemos de tener en cuenta que, como bien señala DÍAZ ALABART, no sólo se causa un perjuicio a la obra cuando se ataca su integridad sino que también se infiere un daño a la obra originaria cuando se la priva de su público, y esto se produce normalmente por la confusión entre una obra y otra, lo cual en sí mismo ya constituye un daño.⁹⁴⁸ En efecto, una obra que genera riesgo de confusión con otra ante el público está compitiendo en el mercado con ella, y por esta razón ocasiona daños económicos al autor y perjudica sus intereses.⁹⁴⁹

De la misma manera, el perjuicio se produce cuando la parodia sustituye a la obra preexistente en el mercado, atacando así a los derechos patrimoniales, aunque como

⁹⁴⁶ Es que, como hemos visto, de forma similar al artículo 39, el artículo 14.4º del TRLPI reconoce el derecho moral del autor a impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra la obra que suponga perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo de su reputación. Ahora bien, es preciso señalar que las varias sentencias del Tribunal Supremo que han apreciado la concurrencia de perjuicio a los intereses legítimos del autor o menoscabo de su reputación no se han ocupado de razonar cuáles son esos intereses o en qué consiste esa reputación. Según MARÍN LÓPEZ, Juan José, *El conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, Pág. 196, “el término “intereses” comprende predominantemente los morales, pero también los patrimoniales. En lo que se refiere a la ‘reputación’, en algún ordenamiento extranjero se ha afirmado, en interpretación de una expresión análoga, que se trata de los elementos relativos a la conciencia, los ideales, las convicciones y los sentimientos del autor, cualquiera que sea su naturaleza moral, política, religiosa, científica o artística. Creo que se trata de una interpretación válida también para nuestro artículo 14.4º LPI. La ‘reputación’ a que se refiere el precepto habrá de ser valorada teniendo en cuenta criterios subjetivos (la propia percepción del autor) pero también objetivos (por ejemplo, la opinión de expertos, la reacción del público...)”. Estamos de acuerdo en casi todo lo anteriormente expuesto, salvo en lo que respecta a la afirmación de que los intereses también cubren aspectos patrimoniales. A nuestro juicio, los derechos morales no pueden mezclarse con aspectos económicos ya que la Ley claramente distingue entre unos supuestos y otros.

⁹⁴⁷ Vid. GIMENO, Luis, “Parody of songs: a Spanish case and an international perspective”, *Entertainment Law Review*, 1997, 18-22.

⁹⁴⁸ Vid. DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 683.

⁹⁴⁹ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 465, quien a su vez comparte opinión con SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, Pág. 494, nota a pie de página nº 241, que establece lo siguiente: “el peligro de que se irroque un perjuicio de índole económica al autor parodiado quedaría conjurado por la necesidad de que la parodia no implique riesgo de confusión con la obra parodiada.”

hemos visto, debido a que ambas obras tienen mercados totalmente diferentes, esto raras veces sucederá.

Ahora bien, el daño deberá interpretarse siempre de forma amplia, pero objetiva. Es decir, no cabe alegar las consecuencias que se derivan lógicamente de una parodia. El autor debe admitir la utilización humorística; y no podrá aferrarse a su particular sensibilidad ante las risas ajenas.⁹⁵⁰ Así pues, el requisito de no dañar a la obra originaria debe valorarse en concordancia con otros intereses y bienes jurídicos relevantes, tales como el derecho a la libertad de expresión y los principios de tolerancia y pluralismo, propios de un sistema democrático.⁹⁵¹ Pero al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que la intención humorística no podrá servir de escudo para aquellos que lo que objetiva y realmente pretenden sea dañar la imagen que el público pueda tener de la obra inicial, contaminándola, añadiéndole connotaciones inaceptables que resulten imborrables desde ese momento para el público.⁹⁵²

Por otra parte, la producción del daño en relación con el mercado debe tratarse independientemente del carácter comercial o no de la obra paródica. No obstante, como hemos visto, este es el primer factor del test que contiene la sección 107 de la *Copyright Act* de los Estados Unidos.⁹⁵³

⁹⁵⁰ Vid. BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 425.

⁹⁵¹ Vid. MARCIANI BURGOS, Betzabé y SOLÓRZANO, Raúl, “La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 57, Lima, 2005, Pág. 278. En sentido similar se expresa DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 465, cuando sostiene que estos “aspectos deben interpretarse de tal manera que no impidan la parodia; y con ello cambia la medida de lo que hay que entender por legítimos intereses [refiriéndose al daño a la integridad de la obra desde el punto de vista del artículo 14.4 del TRLPI]. En efecto, el hecho mismo de admitir la parodia, incluso sin el acuerdo del autor de la obra parodiada, legitima la interferencia con los intereses de aquel. Esto supone que la parodia per se eleva el nivel por encima del cual habrá que valorar posibles daños a los intereses de los compositores o a su reputación.”

⁹⁵² Vid. BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 425.

⁹⁵³ Vid. Supra. Capítulo Cuarto, Apartado 1.3.-La teoría llamada del “fair use”, Págs. 279 y siguientes.

De conformidad con dicha disposición, cuando se trata de analizar la licitud de una determinada parodia, lo primero es determinar si la misma conlleva o no un carácter comercial. Es una visión criticada por la doctrina, pues la contribución que el autor efectúa al acervo cultural común no tiene nada que ver con la posibilidad de obtener, además, un beneficio con la comercialización de la parodia. Por lo general las parodias, como casi todas las obras artísticas, se hacen con una intención más o menos visible de obtener algún beneficio económico. Ni todas las parodias que no tienen un fin esencialmente comercial pueden beneficiarse del límite, ni por ser esencialmente comerciales supondrán una infracción de la obra protegida.⁹⁵⁴

Tal es la posición de la doctrina y la jurisprudencia más reciente en los Estados Unidos, como reflejan los casos *Campbell v. Acuff-Rose* y *Leibovitz v. Paramount Pictures*, que ya hemos visto,⁹⁵⁵ en los que tanto el Tribunal Supremo como un tribunal de distrito, respectivamente, admitieron la existencia de parodia a pesar del alegado y evidente destino comercial de las respectivas obras derivadas.

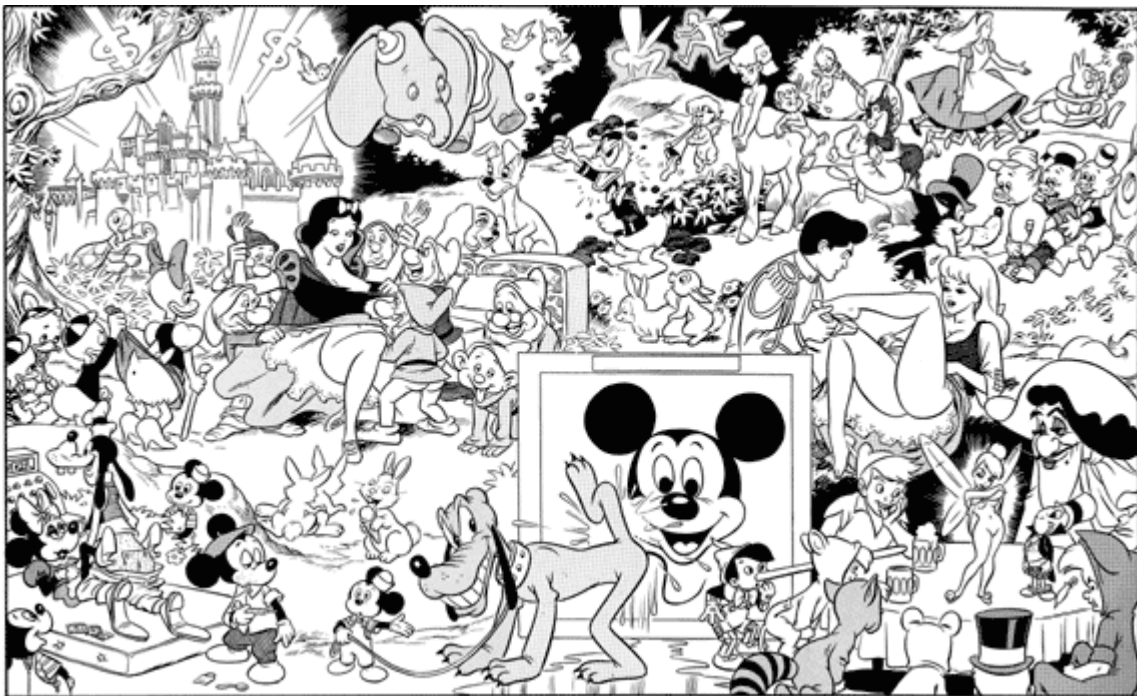
Ahora bien, resulta muy común el que el titular de los derechos de la obra preexistente entienda a la obra paródica como una amenaza a sus propias posibilidades de explotación y perciba un mayor atentado a sus intereses cuando la actividad paródica conlleva un más que evidente fin comercial.

⁹⁵⁴ En sentido parecido se expresan LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 207.

⁹⁵⁵ Recordemos que en el caso *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* se consideró que la obra de 2-Live Crew a pesar de ser marcadamente comercial, no podía dañar el mercado de Roy Orbison, ya que la misma no le impedía hacer su propia versión rap ni dañaría el original de forma que le impidiera a Orbison licenciarla en el futuro, sobre todo teniendo en cuenta de que no era un mercado que previsiblemente Orbison quisiera explotar en el futuro. Recordemos también que en el caso de *Leibovitz v. Paramount Pictures*, también se reconoció la naturaleza comercial de la parodia, pero que sin embargo, el Tribunal falló a favor del demandado teniendo en cuenta que todos los elementos diferenciadores entre la parodia y su modelo.

Así, cuando en Estados Unidos en el año 1967 uno de los ilustradores de la revista *Mad Magazine*, denominado *Wally Wood*, publicó una estampa de los principales personajes de Walt Disney llevando a cabo prácticas sexuales y obscenas en la revista *The Realist*, Disney decidió no emprender ningún tipo de acción legal para evitar llamar la atención con relación al tema y evitar asimismo lo que eventualmente podría llegar a convertirse en una batalla legal perdida.

Ahora bien, la reacción de Disney fue diametralmente opuesta cuando Sam Ridge un editor de pósters psicodélicos, copió el dibujo, lo coloreó y empezó a comercializarlo abiertamente en el mercado.⁹⁵⁶



Wally Wood, "Disneyland Memorial Orgy", *The Realist* #74 (May, 1967).

Fuente: <http://www.illegal-art.org/print/popups/orgy.html>

La axiomática naturaleza comercial de la actuación de Ridge, así como la posibilidad de que el dibujo alcanzara a un público mucho más amplio que lo que podía abarcar *The*

⁹⁵⁶ Para un estudio en profundidad del caso, puede consultarse KRASSNER, Paul. "A Case History of the Disneyland Memorial Orgy Poster." *Against the Grain: Mad Artist Wallace Wood*, TwoMorrrows Publishing, 2003.

Realist, llevó a Disney a presentar una demanda, que finalmente fue resuelta de forma extrajudicial.

Y es que, a pesar de que el ejemplo anterior no es propiamente el caso y a pesar de lo que hemos dicho anteriormente de que la producción del daño debe tratarse con independencia del carácter comercial de la obra, debemos tener en cuenta que determinadas explotaciones secundarias como el *merchandising* podrían suponer un agravio para la obra de la que la parodia trae causa. Dicho esto toda vez que así podría darse el caso de que, como bien apunta SOL MUNTAÑOLA, el parodista a través de su parodia intente dañar a la obra preexistente criticando su éxito económico, mientras que a la vez intenta participar en tal éxito a través de su propia obra. Claro, que se trata de una actividad paródica difícil de detectar al utilizar elementos paródicos típicos que pretenden hacerla pasar por parodia auténtica.⁹⁵⁷

2.6. *Que no se infiera un daño al autor de la obra originaria*

En cuanto a la exigencia de no inferir un daño al autor de la obra preexistente, vemos que a pesar de que el artículo 39 del TRLPI se refiere a ello conjuntamente con el requisito de no causar un daño a la integridad de la obra, en realidad, se trata de aspectos totalmente distintos.

“Los daños que se pueden inferir al autor de la obra originaria son los que se producen por la injuria, para los que existe el correspondiente camino penal; aunque también se pueden producir actuaciones que le perjudiquen y que, sin embargo, no sean

⁹⁵⁷ Vid. SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 247. El referido autor a este respecto sostiene que en todo caso, estos son aspectos que deberán tratarse por vías alternativas a la de los derechos de autor, pues esta Ley ya habría desvinculado a la obra parodiada de aquella otra de la que trae causa. De ahí que dicho autor considere que sería en tal caso aplicable la Ley de Competencia Desleal, o la alegación de un enriquecimiento injusto.

constitutivas de delito. Asimismo, el daño al autor puede constituir de la misma manera una intromisión ilegítima en el derecho al honor del autor de la obra primigenia, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 1/1982.”⁹⁵⁸

De esta manera, como bien apunta PERDICES HUETOS, no nos parece que el artículo 39 del TRLPI sea la sede adecuada para regular esta materia. En el caso de que la parodia produzca un daño moral previsto por la legislación común, sea la de protección al honor en la vía civil o la misma por vía penal, será allí adonde haya que acudir, sin que los artículos 39 y 40 bis del TRLPI añadan absolutamente nada. Y por otro lado, si lo que se plantea es la aplicación de los artículos del TRLPI referidos a la protección de los derechos morales, la alegación será en vano, porque ya contamos con un artículo 14.4 del TRLPI⁹⁵⁹ que prevé dicha situación.⁹⁶⁰

⁹⁵⁸ DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 684. Con relación a este último respecto cabe destacar que, claro está, dicha intromisión ilegítima podrá predicarse siempre que la actuación del que la lleva a cabo no pueda encasillarse dentro de uno de los supuestos del artículo octavo de la Ley Orgánica 1/1982 que establece los casos excepcionales en los que no se reputa la existencia de intromisión ilegítima.

⁹⁵⁹ Recordemos que el artículo 14.4 del TRLPI establece lo siguiente: “14.-Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: (...) 4º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.”

⁹⁶⁰ En este sentido, vid. PERDICES HUETOS, Antonio B. La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 31. En sentido similar se expresan FRANÇON, A., “Questions de droit d’auteur relatives aux parodies et productions similaires”, *Le droit d’auteur*, Vol. 101, 1988, Págs. 305 y 306, ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Obra plástica y derechos de autor*, REUS, Madrid, 2000, Págs. 407 y 408 y DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 684. Sin embargo, en contra se expresa SOL MUNTANOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 235 a 238, quien entiende que el daño al autor debe ser visto desde la luz de la regla de los tres pasos, entendiendo entonces que el daño a la obra se corresponde con que no se estorbe la “explotación normal” de la misma, y el daño al autor con que “no se cause un perjuicio injustificado a sus “intereses legítimos”. Es decir, que este autor entiende que el límite debe ser aplicado de forma que no sobrepase la razón por la cual se ha previsto, y que, por ende, la mención del autor aquí no es propiamente una referencia al creador, sino a los legítimos intereses que ostenta el autor o, por supuesto, el titular.

3. COLISIÓN ENTRE LOS DERECHOS DEL AUTOR DE LA OBRA ORIGINARIA Y LOS DERECHOS DEL PARODISTA: GENERALIDADES

“La relación paródica es una relación de enfrentamiento no sólo en su entorno semiológico o antropológico, sino que, de la misma manera, va a suponer un enfrentamiento legal, puesto que la transposición de esa confrontación que se produce en el terreno de los hechos se replica en la esfera de los derechos. La existencia de una norma que protege el derecho de un autor sobre su obra creará una tensión entre el autor de la obra paródica y el autor de la obra parodiada, a la que el ordenamiento deberá dar respuesta.”⁹⁶¹

En este sentido, hemos visto como la propiedad intelectual se integra por una serie de facultades susceptibles de ser agrupadas, por un lado, en el llamado derecho moral de autor y, de otra parte, en los derechos de explotación o económicos caracterizados todos ellos por su contenido patrimonial o pecuniario. Atendiendo a tales supuestos, a continuación veremos que la colisión de los derechos del autor de la obra preexistente con los del autor de la parodia puede darse tanto en cuanto a los derechos morales como a los derechos patrimoniales.

3.1. Colisión de los derechos del autor de la obra originaria y los del parodista en cuanto a los derechos morales

Como hemos podido ver hasta ahora, en el ya muchas veces citado artículo 39 del TRLPI se establecen una serie de requisitos que deben concurrir para que la parodia entre dentro de lo permitido por la Ley. En primer lugar, debe llevarse a efecto sobre una obra divulgada; en segundo término, no entrañar riesgo de confusión con la obra

⁹⁶¹ SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 37.

parodiada y finalmente, de ella no puede inferirse daño a la obra original o a su autor. Además, se advierte la salvaguardia del derecho moral de la obra parodiada⁹⁶² en sus distintas vertientes: la del derecho de inédito/divulgación; la de paternidad, en tanto que la parodia no debe entrañar riesgo de confusión con la obra parodiada y, finalmente, la del denominado derecho de integridad, puesto que no debe inferirse daño a la obra preexistente.⁹⁶³

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior cabe afirmar que es “prácticamente imposible que una obra paródica no afecte a los derechos morales del autor de la obra parodiada.”⁹⁶⁴ Y es que, recordemos que el fin último de la parodia es criticar y ridiculizar la obra al exagerar los –supuestos- defectos o excesos de la misma,⁹⁶⁵ por lo que en cierta forma siempre habrá un ataque directo a su integridad. En efecto, y en consonancia con todo lo anterior, ciertamente la especial relación existente entre obra parodiada y parodia determina cierta reducción en los derechos del autor de la obra originaria.⁹⁶⁶

Sin embargo, como bien apunta DÍAZ ALABART, algunos otros derechos morales se siguen respetando íntegramente, por ejemplo, el derecho al inédito, ya que, como hemos

⁹⁶² Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, M., *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, Págs. 187 a 188.

⁹⁶³ Vid. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001, Págs. 140 y 141.

⁹⁶⁴ SOL MUNTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 247.

⁹⁶⁵ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B. La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 31.

⁹⁶⁶ En palabras de GONZÁLEZ LÓPEZ, M., *El derecho moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, Pág. 188, “el derecho a la parodia constituye un límite a la facultad enunciada en el artículo 14.4 por cuanto un tercero puede realizar una adaptación humorística del original de una obra sin que ni siquiera se exija el consentimiento del autor, y a su vez, la facultad mencionada de respeto a la integridad de la obra es un límite al que se supedita la licitud de la parodia, pues ésta en ningún caso podrá suponer perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabo a su reputación.”

visto en el capítulo anterior, las únicas obras susceptibles de ser parodiadas son las divulgadas.⁹⁶⁷

Igualmente, señala SOL MONTAÑOLA que la previsión contenida en el artículo 14.5 del TRLPI, la de modificar la obra, respetando la posible existencia de derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural, no puede verse afectada por la actividad paródica porque, precisamente, se configura como una facultad especial del autor. De la misma manera, en cuanto a la retirada del comercio de la obra parodiada (Art. 14.6 del TRLPI) en nada afectará a la obra paródica. Tampoco se verá afectado el derecho a la paternidad del autor de la obra preexistente quien lo conserva frente al parodista. Si entendemos por plagio la intención de hacer pasar una obra ajena como propia, y tal intención se desprende de la utilización del nombre del autor de la obra originaria, aunque la expresión formal de la obra paródica sea diferente, el daño lo producirá una obra que ha pretendido hacerse pasar por obra del autor de la obra originaria, afectando a ese derecho de paternidad.⁹⁶⁸

Así que, como vemos, el derecho moral por excelencia excepcionado en aplicación del límite de la parodia es el derecho a la integridad de la obra.⁹⁶⁹ No obstante, con esto no queremos decir que tal derecho se vea excepcionado por completo, ya que si la obra paródica sobrepasa el umbral razonable de daño permitido, podría entenderse que ha afectado excesivamente a la integridad de la obra originaria. Como indica BERCOVITZ, G., desde el punto de vista del ejercicio paródico, tal posibilidad es factible desde el momento en que en la obra paródica se denigre injustificadamente

⁹⁶⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, “Artículo 39” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4º-A: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, Edersa, 1994.

⁹⁶⁸ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 247.

⁹⁶⁹ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Comentario al artículo 14”, en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 78.

hasta dañar de forma imborrable la imagen que el público pueda tener de la obra originaria.⁹⁷⁰

Ahora bien, como ya hemos apuntado, lo que resulta complejo es delimitar cuándo se está ante tales supuestos en los que el parodista ha traspasado dichos límites y cuándo no. Se trata, pues, de algo que los jueces y tribunales habrán de considerar atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

3.2. Colisión de los derechos del autor de la obra originaria y los del parodista en cuanto a los derechos patrimoniales

Como ha quedado de manifiesto anteriormente la obra paródica no puede causar un daño a la obra preexistente en el sentido de que no puede ser un sustitutivo de la misma en el mercado ni puede confundirse con ella. Cuando así sea, estaremos ante un supuesto de parodia ilícita.

Ahora bien, en el presente apartado nos referimos a un supuesto distinto; y es que, en materia de obras derivadas, por imperativo legal el autor de la obra originaria participa en cierta forma del éxito de las obras que de ella resulten, pero ¿qué pasa en el caso de la parodia? ¿Es que el límite se aplica de forma tal que el autor originario pierde todo control sobre los frutos de su obra? ¿No tiene el autor de la obra preexistente ningún derecho patrimonial sobre la obra resultante?

Desde ya, adelantamos que la mayor parte de la doctrina se muestra en contra de conceder ningún tipo de derecho económico a favor del autor parodiado. Sin embargo,

⁹⁷⁰ Vid. BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 425.

existe otra corriente doctrinal que sostiene todo lo contrario y es lo que veremos a continuación.

3.2.1. De la autorización por parte del autor de la obra preexistente

En apartados anteriores hemos visto que el límite de la parodia y el daño que este pueda ocasionar se debe entender al margen de si la actividad paródica conlleva un fin comercial o no, de manera que la parodia puede ser lícita con independencia de que el autor paródico obtenga un lucro a raíz de tal actividad. De hecho, también hemos dicho que la mayoría de las parodias supondrán algún beneficio económico para quienes las realizan.

Ahora bien, si recordamos que la parodia no es más que una obra derivada y recordamos a su vez lo dispuesto en el artículo 21.2 del TRLPI, que como hemos visto, establece que los derechos de propiedad intelectual de la obra derivada corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del autor de la obra preexistente de autorizar su explotación, veremos que de entrada, la referida norma parece reiterarse ante la necesidad de que la utilización de la obra originaria haya sido realizada con consentimiento del autor de la misma.

Como hemos ya señalado, tal requisito parece configurarse entonces en nuestro ordenamiento como de carácter absoluto: sólo es posible proceder a una transformación (u otra apropiación indirecta) de la obra preexistente si se ha obtenido previamente el consentimiento de su autor o se encuentra la misma en el dominio público. De esta manera, no sólo una ulterior explotación de la obra producto de la transformación, sino ya la propia realización de la transformación está supeditada al consentimiento del autor

de la obra así utilizada.⁹⁷¹ Así pues, queda claro que no compartimos la opinión de algunos autores cuando establecen que para realizar la transformación de una obra no es necesaria la autorización de su autor, sino que únicamente dicha autorización se requiere para su explotación. En este sentido no pudiéramos estar más en contra de tales argumentos debido a las razones antes expuestas⁹⁷² y, sobre todo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del TRLPI el cual establece que la transformación no podrá ser realizada sin la previa autorización del autor de la obra originaria salvo en los casos expresamente previstos en la propia Ley; esto es, el de la parodia, el relativo a los programas de ordenador y para algunos doctrinarios, el que respecta a la libertad de cita.⁹⁷³

Ahora bien, en el caso concreto de la parodia ¿quiere decir esto que dicha falta de autorización significa que no sólo podrá el parodista realizar la transformación, sino también explotarla sin ningún tipo de limitación? No tan sólo tendrá el autor de la obra preexistente que soportar que su obra sea criticada y, por ende, dañada, sino que ¿también deberá desligarse de los posibles ingresos económicos que de parte de su ingenio resulten?⁹⁷⁴ La respuesta, a nuestro entender, tendrá que ser negativa. A nuestro entender, el autor de la obra preexistente no carece de derechos patrimoniales sobre la

⁹⁷¹ Vid. MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Págs. 355-357.

⁹⁷² Vid. Supra. Capítulo Segundo, Apartado 2.7.- De la autorización del autor de la obra preexistente, Págs. 132 y siguientes.

⁹⁷³ Con relación a todo lo anterior nos remitimos a lo ya dicho a estos efectos en los capítulos previos relativos al derecho de transformación.

⁹⁷⁴ En este sentido, puede que los detractores de esta postura entiendan que un razonamiento de este tipo carece de lógica, puesto que, partiendo de la base de que el autor nunca autorizaría la parodia, el cobrar algún tipo de remuneración por esta explotación iría en contra de sus propios actos. Ahora bien, una afirmación de este tipo es, a nuestro juicio, un poco aventurada, toda vez que no podemos partir de la base de que el autor nunca autorizaría una explotación de esta naturaleza. Después de todo, recordemos que la parodia viene a ser una excepción a los derechos patrimoniales y que al fin y al cabo lo que aquí se discuten son intereses económicos y no de carácter moral. Cuando nos hallemos ante una parodia lícita en la que el parodista respeta la obra divulgada originaria en el sentido de no confundirse con ella ni causarle un perjuicio injustificado a sus intereses o a los de su autor, y en donde además, el autor de la obra preexistente pueda participar de los beneficios que genere dicha parodia, no parece haber muchos argumentos de peso para pensar que el autor de la obra primigenia pudiera oponerse a la misma.

obra derivada de su creación, aunque la misma se trate de una parodia.⁹⁷⁵ Esto es así, ya que como hemos dicho y como es la opinión general de la doctrina, los límites a los derechos de explotación han de interpretarse de manera rigurosamente restrictiva. Ante la duda sobre si el autor de la obra preexistente debe de perseguir la explotación económica de la obra resultante o no, en el entendido de lo anteriormente apuntado, parece evidente que la Ley debe de inclinarse a beneficiar al autor; esto es, a no quitarle más que lo estrictamente necesario y a no causarle un perjuicio injustificado a sus legítimos intereses.⁹⁷⁶

Y es que si atendemos a la norma general de interpretación de las leyes,⁹⁷⁷ vemos que la misma favorece a nuestra posición.

En primer lugar, atendiendo al sentido propio de las palabras del TRLPI parece evidente que: i) la parodia es una transformación; ii) que las transformaciones requieren de la autorización de la obra primigenia tanto para su creación como para su explotación; y iii) que del tenor literal del artículo 39 parece desprenderse que no se requiere autorización para crear la parodia, pero que para explotarla dicha autorización sí sería necesaria.

En segundo lugar, atendiendo a los antecedentes históricos y legislativos vemos que la tendencia siempre ha sido la de favorecer al autor. Como hemos ya mencionado con anterioridad, en el Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1880, con relación

⁹⁷⁵ En sentido similar, véase PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001, Pág. 140.

⁹⁷⁶ Con relación a lo anterior nos remitimos a lo ya dicho a estos efectos en el capítulo de este estudio relativo a los límites a los derechos autor y a su interpretación.

⁹⁷⁷ El artículo 3 del Código Civil establece lo siguiente: “1.-Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2.- La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.”

a la parodia, no se autorizaba a transformar la obra en ninguna forma. No podía ni siquiera introducirse un trozo literal ni una melodía de la obra parodiada y, de hecho, aún en el proyecto de Ley que el Gobierno presentó a las Cortes para la elaboración de la Ley de 1987 todavía se seguía manteniendo este requisito y fue una de las cuestiones más discutidas.⁹⁷⁸ La situación actual evidentemente ha cambiado, permitiendo la transformación, pero no eliminando todos los derechos del autor de la obra anterior, de manera que éste último debe poder disfrutar de la explotación de la parodia; no como si de un derecho remuneratorio se tratara, sino en proporción al uso hecho de la obra como sucede para el resto de obras derivadas contempladas por nuestro TRLPI.

Y por último, si atendemos a la realidad social del tiempo en el que vivimos, vemos que, hoy más que nunca la explotación de obras del intelecto humano conlleva una repercusión hasta ahora insospechada, toda vez que los avances tecnológicos permiten que la difusión de obras alcance a miles de millones de personas y suponga, en determinados casos, la obtención de cantidades económicas bastante suntuosas. De esta manera, desde un punto de vista económico, hoy más que nunca resultaría bastante rentable aprovecharse del esfuerzo y la creatividad ajenas, por lo que es justo hoy cuando las leyes en materia de propiedad intelectual se han venido reforzando para evitar tales aprovechamientos. Así las cosas, no parecería lógico que la parodia escapara a tal razonamiento.

⁹⁷⁸ A este respecto recordemos, además, que el Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, núm. 152, de 14 de mayo de 1985) destacaba la necesidad de limitar el “derecho de la parodia cuando ésta tuviera un fin distinto del de la mera creación”, lo que, a nuestro juicio, es una clara distinción entre la creación misma de la parodia y su posterior explotación. De esta manera, se entendía a la parodia como un derecho, pero limitado en cuanto a su explotación.

Por otra parte, la posición de esta figura en derecho comparado nos permite confirmar esta teoría, toda vez que a pesar de que se defiende a la parodia como forma de preservar la libertad de crítica como forma de la libertad de expresión, vemos que, como queda reflejado en este estudio, diversos países no la receptan en sus legislaciones nacionales y la consideran –incluso explícitamente-, como una transformación de una obra sujeta a la autorización del autor de la obra originaria. Así, al margen de las opiniones doctrinales, los legisladores de diversos países del mundo tienen muy clara la necesidad de proteger la libertad de expresión y, sin embargo, no reclaman por una excepción de parodia que les permita prescindir de la autorización del autor de la obra parodiada.⁹⁷⁹

Por lo demás, todo esto queda a su vez demostrado por el hecho de que, como vimos, la redacción actual del artículo 21.2, proviene del artículo 3º de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos. Y es esta Ley la que viene a aclarar todas las dudas sobre el destino y la forma de explotación de las obras derivadas. Hasta antes de esta incorporación, la gran mayoría de los doctrinarios entendían que el autor

⁹⁷⁹ Vid. LIPSZYC, Delia, “La excepción para fines de parodia”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008, Págs. 333 a 335. Ejemplos de los países aquí referidos serían: a) Argentina, Ley 11.723 “sobre régimen legal de la propiedad intelectual”, artículo 25: “*El que adapte, transporte, modifique o parodie una obra con la autorización del autor, tiene sobre su adaptación, transporte, modificación o parodia el derecho de coautor, salvo convenio en contrario.*”; b) Colombia, Ley 23 de 1982, artículo 15: “*El que con permiso expreso del autor o de sus causahabientes adapta, transporta, modifica, extracta, compendia o parodia una obra del dominio privado, es titular del derecho de autor sobre su adaptación, transporte, modificación, extracto, compendio o parodia, pero salvo convención en contrario, no podrá darle publicidad sin mencionar el título de la obra originaria y su autor.*”; c) Costa Rica, Ley 6683 de 1982 de derechos de autor y derechos conexos, artículo 8: “*Quien adapte, traduzca, modifique, refunda, compendie, parodie o extracte, de cualquier manera, la sustancia de una obra de dominio público, es el titular exclusivo de su propio trabajo: pero no podrá oponerse a que otros hagan lo mismo con esa obra de dominio público. Si esos actos se realizan con obras o producciones que estén en el dominio privado, será necesaria la autorización del titular del derecho [...]*; y d) Uruguay, Ley 9.739 sobre propiedad literaria y artística de 1937, modificada por la ley de derecho de autor y derechos conexos de 2003, artículo 35: “*Los que refundan, copien, extraigan, adapten, compendien, reproduzcan o parodien obras originales, tienen la propiedad de esos trabajos, siempre que los hayan hecho con autorización de los autores.*” En Europa, recordemos también como paradigmático el caso de Portugal.

de la obra preexistente no tenía ningún derecho sobre la obra nueva.⁹⁸⁰ Al parecer, esa concepción se ha mantenido al día de hoy, en la mentalidad de diversos doctrinarios de no reconocer en la parodia a la obra derivada de cuya explotación debe forzosamente participar el autor de la obra preexistente. Posición esta con la que debemos diferir, toda vez que, como se sostiene a lo largo de este estudio, entendemos que el autor de la obra originaria no se desliga de la explotación económica de la obra derivada, aún en el caso de la parodia.

Así pues, en definitiva, entendemos que cuando el artículo 39 del TRLPI señala que no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, entendemos que el consentimiento allí indicado se refiere únicamente al necesario para la realización de la parodia, ya que para su ulterior explotación, como para el resto de obras derivadas, se requerirá de una autorización distinta que permitirá al autor de la obra preexistente beneficiarse de los ingresos percibidos por el autor paródico por la utilización de su obra.

3.2.2. *La imposición de un límite remunerado o no al Derecho*

En lo que respecta al presente apartado, nuestra posición al respecto se puede ir, evidentemente, adivinando a partir de lo expuesto en el acápite anterior. Esto es, que a nuestro entender, lo suyo sería que el autor de la obra preexistente percibiera algún tipo de remuneración por la explotación de las obras que de ella deriven, con independencia de que sean parodias o no. Sin embargo, en cuanto abordamos el tema de la parodia, a pesar de que la mayoría de los doctrinarios se inclina a defender que se trata de una obra

⁹⁸⁰ A estos efectos nos remitimos a lo ya dicho en este sentido en el Capítulo Segundo del presente estudio.

derivada, la tendencia es la de brindar total permisión al parodista.⁹⁸¹ Así, vemos una notable disposición de gran parte de la doctrina a justificar que la explotación de la parodia no conlleva ningún tipo de remuneración para el autor de la obra originaria,⁹⁸² basándose primordialmente en el derecho a la libertad de expresión y a una interpretación, a nuestro juicio, errónea teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 39. Pero, a nuestro entender, y al hilo del acápite anterior, no podemos evitar el preguntarnos ¿por qué el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión se tiene que hacer a costa del patrimonio y de la reputación de otra persona? Como hemos podido ir viendo y según apunta PERDICES HUETOS, los artistas tienen un derecho fundamental a manifestarse libremente, pero no debe tolerar nadie que la creatividad de un artista del graffiti –o de un prestigioso y consagrado pintor- se plasme sobre los muros de la propia casa. La propiedad privada es un límite reconocido y aceptado a la libertad artística, y eso debe valer tanto para la propiedad privada sobre bienes tangibles como para la que se manifiesta sobre bienes inmateriales.⁹⁸³

Piénsese por ejemplo en el derecho de accesión que establece el Código Civil, al que hemos hecho referencia en el Capítulo Segundo de este estudio. En lo que respecta a los bienes inmuebles, el dueño del terreno no pierde el control sobre lo que se edifica, planta o siembre sobre el mismo; y en lo que respecta a los bienes muebles se establece que cuando se mezclan o confunden dos cosas de igual o diferente especie, o si la

⁹⁸¹ A lo ya dicho en este sentido en el Capítulo Quinto, apartado 6 del presente estudio nos remitimos.

⁹⁸² Entre los principales detractores podemos mencionar a SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 111; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 431 y BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 421. Los dos últimos autores citados entienden, además, que sería irónico que el autor de la obra parodiada autorizase o cobrase de la ridiculización de su obra.

⁹⁸³ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 27.

mezcla se verifica por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas. Lo mismo pudiera extrapolarse a la figura de la parodia –como lo hemos hecho para el derecho de transformación en general- ya que no se justifica el uso indebido de la propiedad privada bajo ningún concepto.⁹⁸⁴

Y esta no es una posición que sostengamos a la ligera, sino que ha sido considerada por diversos y renombrados autores. Así, según MUSSATTI se debe tomar en cuenta el nexo existente entre la parodia y la obra preexistente, el cual por su permanencia da al autor de la obra parodiada el derecho a participar en los rendimientos económicos de la parodia.⁹⁸⁵

En el mismo sentido, sobre el particular, ANTEQUERA sostiene que “el que la ley permita la parodia sin el consentimiento del autor, no implica que dicho uso pueda hacerse a título gratuito”.⁹⁸⁶

SOL MUNTAÑOLA, a pesar de no mostrarse especialmente partidario de esta postura, reconoce al menos lo siguiente: *“Lo cierto es que en España, como hemos visto, la*

⁹⁸⁴ En este sentido, entre parodista y parodiado quizás pudiera establecerse una relación similar a la que establece el artículo 7.4 del TRLPI para la obra en colaboración. Se entendería la situación como una especie de comunidad de bienes –o bien de confusión de bienes, en atención a lo anterior-, con la particularidad de que en lugar de tratarse de un sólo derecho perteneciente a varias personas, estaríamos ante dos derechos distintos. Recordemos que el artículo 7.4 del TRLPI establece lo siguiente: *“Los derechos de propiedad intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta Ley, se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes.”* (La remisión al Código Civil se entiende a los artículos 392 a 406). De esta manera, el autor de la obra creada a partir de otra, trátase o no de una parodia, debería de remunerar en cierta forma al autor de la obra preexistente.

⁹⁸⁵ MUSSATTI, “La parodia e il diritto d’autore”, en *Riv. Dir. Comm.*, 1909, vol. VII, Pág. 164.

⁹⁸⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “La obra como objeto del Derecho de Autor”, Documento elaborado para el II Curso Intensivo de Postgrado en Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Universidad de Buenos Aires (14 de julio al 1 de agosto de 2003), Pág.17. El referido autor se reitera igualmente en la citada opinión en *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, Tomo I, Santo Domingo, 2001, Pág. 102.

doctrina está dividida en torno a quienes consideran que debería existir remuneración en todos o algunos casos, y quien considera que no. Quienes abogan por un límite remunerado consideran que la Ley debería haber previsto tal posibilidad, pero no caen en la cuenta de que la Ley tampoco la niega. Es decir, creo que en el enunciado del art. 39 TRLPI cabría perfectamente una construcción jurisprudencial (o legislativa por vía reglamentaria) que incorporara alguna fórmula de remuneración –en determinados o en todos los casos-, para el límite de parodia.”⁹⁸⁷

SCHMIDT⁹⁸⁸, por su parte, apunta que “... sobre el plano patrimonial, el parodista y el autor original deberían concluir un pacto para repartir los beneficios de la parodia, exactamente como en materia de adaptaciones; en defecto de acuerdo amistoso, los tribunales arbitrarán lo que correspondería a cada uno sobre la obra derivada”.⁹⁸⁹

Asimismo, PEREZ DE CASTRO sostiene que este límite “no viene dado en consideración de los resultados económicos, sino en consideración a la falta de exigencia del consentimiento del autor. Pero dicho límite no es absoluto, en tanto que los derechos de explotación sobre su obra, entre los que se encuentra el de transformación, están aún subsistentes. **El mencionado límite opera sobre la necesidad de obtener el consentimiento del autor, pero no sobre los derechos patrimoniales que puedan corresponderle sobre la obra parodiada.** En definitiva, el artículo 39 del TRLPI nada manifiesta en cuanto a que el límite opere respecto de los derechos

⁹⁸⁷ SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 109.

⁹⁸⁸ SCHMIDT, A., “L’Application jurisprudentielle de la loi du 11 mars 1957”, RIDA, 1975, Pág. 95.

⁹⁸⁹ En sentido similar se expresa DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, Págs. 600 y 601, y en “La parodia en la nueva ley de propiedad intelectual”, en *Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, Pág. 193 y siguientes y Pág. 209, en donde nos habla de un “enriquecimiento injusto” por parte del parodista y propugnaba una aplicación analógica del artículo 33 del TRLPI en cuanto a la remuneración del autor originario. Sin embargo, hemos de destacar que la referida autora cambia de posición en la edición de 1997 de los *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*.

patrimoniales de los autores, por lo que, al encontrarnos ante una normativa limitativa de derechos, no parece que lo más adecuado sea una interpretación extensiva.”⁹⁹⁰

De la misma manera, RISTICH DE GROOTE, al tocar la posibilidad de caricaturizar o parodiar a los personajes de una obra, hace hincapié en la relatividad de la originalidad de la parodia, y dice: “por eso (por falta de originalidad absoluta y porque el parodista saca partido del éxito de la obra parodiada) sería normal hacer participar al primer autor en el éxito de la parodia, y esto teniendo en consideración un reparto de recaudaciones, lo que parecería particularmente legítimo cuando se parodia al héroe para fines comerciales (por ejemplo, en un spot publicitario). Evidentemente, es difícil determinar las reglas según las que se instrumentaría tal remuneración que no debe actuar como una disuasión *a priori*, ni suscitar contenciosos *a posteriori*, pero debe respetar la libertad de creación y los derechos de cada autor”.⁹⁹¹

En línea similar se expresa VATTIER FUENZALIDA, cuando establece textualmente lo siguiente: “recordemos que coexisten aquí los derechos de autor sobre las obras con plenitud e independencia, pero se ha observado que, de hecho, la parodia puede impulsar una especie de *revival* de la obra imitada, acaso de magnitud económica importante; por eso, se ha sugerido que el autor de la obra original debería participar en los beneficios obtenidos con la parodia, en una medida equitativa, a falta de un improbable acuerdo”.⁹⁹²

⁹⁹⁰ PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001, Pág. 140.

⁹⁹¹ RISTICH DE GROOTE, “Los personajes en las obras del ingenio, el enfoque del Derecho francés”, *Revista Internacional de Derechos de Autor (RIDA)*, núm. 130, octubre de 1986, Pág. 63.

⁹⁹² VATTIER FUENZALIDA, C., “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, *ADC*, julio-septiembre, 1993, Pág. 1078.

Por otra parte, para algunos, como SATANOWSKY, parece acertada la solución que aporta la legislación de la República de Argentina⁹⁹³ según la cual la parodia de una obra que pertenece al dominio privado requiere de la autorización del autor de esta última y le confiere al mismo la condición de coautor de la obra paródica.⁹⁹⁴ Y es que dicha legislación entiende que la parodia requiere lógicamente seguir casi todos los episodios y el desarrollo de la obra con intención jocosa por lo que, a su criterio, hay evidentemente un aprovechamiento de la obra parodiada que no puede hacerse de forma impune si aquella no ha pasado al dominio público.⁹⁹⁵

De la misma manera, hemos visto que en algunos países, en las normas relativas a la parodia se establece como requisito el reconocimiento de los legítimos derechos patrimoniales del autor de la obra parodiada.⁹⁹⁶ En estos casos, en la práctica, como bien señalan MARCIANI BURGOS y SOLÓRZANO, durante la negociación entre la persona que desee realizar la parodia y el autor, este último conoce *a priori* las transformaciones que sufrirá su obra, de modo tal que puede evaluar si la misma infiere a él o a su obra algún tipo de daño o confusión. Obviamente, si se ha extinguido el plazo de duración del derecho patrimonial ya no es necesario efectuar pago alguno, sin perjuicio del respeto de los derechos morales del autor.⁹⁹⁷

⁹⁹³ Como se ha visto en este estudio, existen otras legislaciones que plantean una solución similar, como por ejemplo Colombia, Costa Rica y Uruguay.

⁹⁹⁴ Véase en este sentido el artículo 25 de la Ley 11.723 de propiedad intelectual en la República de Argentina.

⁹⁹⁵ Vid. SATANOWSKY, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, TEA, 1954, tomo I, 232, Págs. 429-430.

⁹⁹⁶ Como por ejemplo Perú (Artículo 36 de la Ley peruana de Derechos de Autor), Portugal y Costa Rica.

⁹⁹⁷ Vid. MARCIANI BURGOS, Betzabé y SOLÓRZANO, Raúl, “La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 57, Lima, 2005, Pág. 280. No obstante, para hacer justicia, hemos de destacar que el referido autor continúa diciendo lo siguiente: “*Ahora bien, este requisito de remuneración para todo tipo de parodias, sin distinción, tiene el inconveniente de que puede desincentivar su creación y, hasta cierto punto, otorgar una suerte de coraza frente a las críticas al autor de la obra originaria, inadmisibles en el contexto de una sociedad democrática y tolerante. Además, cuando la parodia es la única forma de expresar una idea, la obligación de remunerar al autor de la obra original puede*

No obstante todo lo anterior, como ya hemos indicado, la mayor parte de la doctrina sostiene que someter a la parodia a algún tipo de autorización por parte del autor de la obra preexistente o imponerle al autor paródico algún tipo de remuneración a favor del primero supondría coartar la libertad de expresión de este último.⁹⁹⁸ Dicho esto, ya que podría pensarse que una vez creada la parodia el autor difícilmente permitiría o bien pondría trabas para la explotación de dicha obra.⁹⁹⁹

Sin embargo, partir de dicha base sería, a nuestro juicio, adelantarnos un poco a los hechos, toda vez que es más que posible que el autor originario sea uno de los primeros interesados en la explotación de la parodia una vez evaluado las repercusiones económicas que ello le podría significar. Evidentemente, que si partimos de la base de que el autor originario no percibe ningún tipo de remuneración por la explotación de la parodia, queda claro que éste no tendrá ningún interés en que la misma se lleve a cabo; no obstante, no es para nada descabellado pensar que puede que su posición varíe ante la perspectiva de la obtención de un beneficio económico.¹⁰⁰⁰

significar un obstáculo insalvable para el parodista que no tiene los recursos económicos necesarios para satisfacer dicho requisito."

⁹⁹⁸ Vid. por todos PERDICES HUETOS, Antonio B. "La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)". Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 32. No obstante, a nuestro entender, predicar que se vulnera la libertad de expresión al requerir autorización para la explotación de la parodia, sería decir que la mayor parte del TRLPI también vulnera tal libertad y que por ende, es inconstitucional. Dicho esto, porque podría igualmente entenderse coartada la libertad de expresión cuando se requiere autorización para transformar seriamente una obra o para incorporarla en otra, o para reproducirla, interpretarla o escenificarla.

⁹⁹⁹ Así lo entiende DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003, Pág. 466, cuando sostiene lo siguiente: "En efecto, aunque el artículo 21,2 LPI reconoce al autor de una obra transformada facultades sobre el resultado obtenido con su consentimiento, no puede aplicarse al autor de la obra parodiada porque, admitida la premisa de que no autorizaría este tipo de transformación, habrá que admitir, también, que intentaría paralizar cualquier acto de explotación y difusión de la parodia." A nuestro juicio, esta es una premisa de la que no podemos partir ya que se trata de algo que, simplemente, no sabemos. Quizás si el autor de la obra preexistente supiera que por la explotación de la parodia percibiría una remuneración económica, cabe la posibilidad de que fuera el primer interesado en dicha explotación.

¹⁰⁰⁰ Además, entendemos que la rotunda negativa sin motivo aparente a explotar la parodia por parte del autor de la obra preexistente no sería aceptable, toda vez que la misma podría quizás constituir un abuso de derecho. Un concepto tradicional establecido en CAPITANT, Henri, *Vocabulario jurídico*, DePalma, Buenos Aires, 1981, Pág. 7, nos dice que el abuso de derecho consiste en "el acto material o jurídico

En definitiva, teniendo en cuenta todo lo anterior y los elevados beneficios que las parodias pueden generar, se justifica que se señale una remuneración por la excepción de la parodia que consista en un porcentaje proporcional del provecho económico obtenido por el parodista con la explotación de la obra o bien en proporción con la cantidad de material ajeno que se utilice para la creación de la parodia.

Así, de aceptarse esta postura en materia de parodia y entender que los derechos patrimoniales del autor preexistente se mantienen vigentes en la obra paródica, las partes, al igual que como está contemplado para el resto de obras derivadas, tendrían que ponerse de acuerdo para fijar las bases que regirán la relación que ambos tienen sobre la cosa en común. Ante la falta de acuerdo es cuando tendría, pues, que decidir un

dañoso, que sería considerado lícito si se atendiese a un examen objetivo y formal de él, pero que es ilícito porque el titular del derecho lo ejerce con la intención de perjudicar a otra persona.” Asimismo, para todos los derechos de propiedad intelectual en el Acuerdo sobre los ADPIC, en varios dispositivos, el primero de los cuales el artículo 8.2, reconoce como principio lo siguiente: *“Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”*. Y es que el derecho de propiedad que la ley acuerda sobre una cosa nunca puede ser abusivo, pero el ejercicio que de ese derecho se haga si puede llegar a serlo en determinadas circunstancias, como cuando está signado por la ilegitimidad, la mala fe, o cualquier otro factor claramente determinante del abuso. Esta figura es un principio de nuestro ordenamiento y como tal se encuentra recogido en el Título Preliminar del Código Civil. El Artículo 7.2 de dicho código lo describe del siguiente modo: *“Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.”* Asimismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, acoge el abuso de derecho en su artículo 11.2 que establece que *“los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho.”* La ley, por tanto, según apunta ESTEVE PARDO, M^a Asunción, “El abuso de derecho, el fraude de ley y la contratación de derechos de autor de los creadores visuales”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005, Pág. 247, “no recoge supuestos específicos de abuso de derechos sino que es el juez en cada caso quien debe apreciar si el ejercicio de determinado derecho es abusivo o no.” Con relación al tema que nos ocupa, a nuestro juicio, si la parodia reúne todos los requisitos para ser considerada lícita, bien podríamos entender que el autor de la obra preexistente no podría injustificadamente negar al parodista el derecho a explotarla sin que ello constituya un abuso de derecho. Y es que, si la Ley misma permite la creación de la parodia sin previa autorización del autor de la obra preexistente, este último se estaría extralimitando en sus facultades en perjuicio de un tercero si trata de impedir injustificadamente la explotación de una obra lícitamente creada.

juez, al igual que como está previsto para las obras en colaboración del artículo 7 del TRLPI.¹⁰⁰¹

4. PARODIA Y OTROS ASPECTOS RELACIONADOS

Antes de finalizar el presente estudio, entendemos de rigor hacer un alto en ilustrar un poco sobre ciertos aspectos que pueden verse también íntimamente relacionados con el límite de la parodia. En este sentido, haremos referencia de forma especial a la incidencia de la actividad paródica en combinación con (i) valores ajenos a la relación paródica, así como con (ii) el arte apropiacionista y (iii) el derecho de marcas. Los dos primeros aspectos que veremos guardan estrecha relación con aspectos que ya hemos visto a lo largo de este estudio (como son, por ejemplo, los requisitos de licitud de la parodia y la parodia según el objetivo perseguido con la misma) pero que sin embargo hemos decidido concederles un espacio aparte debido a que, a nuestro juicio, representan supuestos de un interés relevante. Por otra parte, haremos especial hincapié en el último de los aspectos citados – esto es, parodia y derecho de marcas- en el entendido de que normalmente los tratamientos de la parodia se restringen a uno de estos ámbitos, es decir, al de la propiedad intelectual o al de la industrial,¹⁰⁰² que como sabemos, son materias compatibles entre sí,¹⁰⁰³ en la medida en la que una determinada

¹⁰⁰¹ Artículo 7.2 del TRLPI: “Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo, el Juez resolverá”. El mismo artículo, en su apartado 4, continúa diciendo lo siguiente: “Los derechos de propiedad intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta Ley, se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes”.

¹⁰⁰² Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B. “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Pág. 32.

¹⁰⁰³ A este respecto, véase el artículo 3.2 del TRLPI, que a la vez concuerda con la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (Boletín Oficial del Estado núm. 73, de 26 de marzo); Ley 3/2000, de 7 de enero, de Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales (Boletín Oficial del Estado núm. 8, de 10 de enero); Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 8 de

creación puede ser susceptible de protección por ambos sistemas a la vez. Además, de que la parodia en este tipo de áreas puede también suponer una vulneración al primero de los supuestos que veremos a continuación, esto es, a valores ajenos a la relación paródica, como por ejemplo, la ofensa a un colectivo especialmente protegido.

4.1. Colisión de la parodia con valores ajenos a la relación paródica

Aunque no precisamente de la forma más clara posible el ejercicio paródico, queda bien delimitado en nuestro TRLPI, y de hecho, como hemos visto, es uno de los textos legales a nivel mundial que más se ocupa de la materia. Así las cosas, a fin de delimitar la licitud de la parodia sólo debemos ajustarnos a los requisitos y condiciones de ejercicio que a tal efecto señala el artículo 39 del TRLPI, de manera que el posible daño que puede provocar la ilicitud de la actividad paródica debe recaer sobre la obra preexistente y afectar únicamente a su autor. No obstante, cabe la posibilidad de que la parodia afecte asimismo a valores ajenos a la relación paródica. Es decir, el riesgo de que la parodia agravie a personas que nada tienen que ver con la obra parodiada existe. De esta manera, nos parece necesario estudiar igualmente tal supuesto, aunque sea de forma sucinta.¹⁰⁰⁴

De entrada, cabe recordar que si el daño que pueda provocar la parodia se dirige fuera de la relación paródica, lo más probable es que la parodia sea una parodia “*weapon*”, que utiliza parasitariamente la obra protegida para dirigir su crítica a un objetivo ajeno a

diciembre); y con la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (Boletín Oficial del Estado núm. 162, de 8 de julio).

¹⁰⁰⁴ Véase en este sentido a SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 239, quien apunta lo siguiente: “Si el examen sobre la licitud de la parodia no debe exceder aquellas condiciones que establece el artículo 39 del TRLPI, no parece probable que el daño a valores ajenos a la relación paródica puedan afectar a su licitud. Sin embargo, hay que estar prevenido, porque la frontera entre aquellos daños que pueden afectar a la obra parodiada y aquellos otros que se proyectan fuera, se desdibuja con facilidad.”

la misma, por lo que no nos hallaríamos ante una parodia propiamente en sentido jurídico. No obstante, según apunta SOL MONTAÑOLA, cabe una posibilidad a medio camino entre la parodia objeto (“*target*”) y la parodia medio (“*weapon*”). Tal sería el caso de aquella parodia que aprovecha el contenido de la obra parodiada para lanzar una crítica fuera de la obra parodiada en sentido estricto. Aprovechando el tema de la obra parodiada, la parodia mezcla en su crítica el contenido de la obra, ineludiblemente unido a una realidad, que el parodista explica de forma diferente.¹⁰⁰⁵ Utilizando tal posibilidad, que entendemos lícita, si, en un hipotético caso, la obra paródica aprovechara una obra protegida para lanzar su crítica contra un colectivo especialmente protegido, como bien indica el referenciado autor, aún considerando tal crítica una licencia aceptable dentro del concepto paródico, cabría la posibilidad de que tal crítica supusiera una ofensa cierta a tal colectivo (como por ejemplo, el colectivo judío, musulmán, homosexual, sordo, etc.). Otro ejemplo similar a considerar podría ser el caso en el que una determinada parodia sea de alto contenido pornográfico y que, por el medio de expresión utilizado y por su promoción en el mercado, fuera atractiva y de fácil acceso para los niños o para la juventud en general.¹⁰⁰⁶

En la actualidad “ha de afirmarse que los posibles aspectos de inmoralidad en los que pueden incurrir las distintas obras del ingenio, pueden dar lugar a determinadas

¹⁰⁰⁵ Como ejemplo de ello, cabría aquí citar el caso *Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 482 F. Supp. 741 (S.D.N.Y.), *aff’d*, 623 F. 2d. 252 (2d. Cir. 1980) en el que los parodiadores aprovechaban la letra de una canción que cantaba alabanzas sobre la ciudad de Nueva York para arremeter contra la tremenda inseguridad ciudadana que, en su día, sufría la ciudad.

¹⁰⁰⁶ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 239 a 241. A este último respecto, recordemos que uno de los límites a la libertad de expresión y creación o producción intelectual establecidos en el artículo 20.4 de la Constitución española es la protección de la juventud y la infancia. A estos dos sectores de población se refieren los artículos 48 de la Constitución, en cuanto a la obligación por parte de los poderes públicos de promover la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural; y 39.4, relativo a la protección de los niños por los acuerdos internacionales, siendo de especial relevancia la Declaración de Derechos del niño (ONU), de 20 de noviembre de 1959. Además, de que hay que tener siempre presente la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

restricciones en su difusión o, incluso, en su producción o realización, en aras a la protección de los menores e incapaces (artículos 185 y siguientes del actual Código Penal).”¹⁰⁰⁷

Ahora bien, a este respecto, nos parece acertada la posición de PLAZA PENADES, cuando establece que los conceptos de “moral” y “orden público” son bastante difusos, ya que los mismos van desarrollándose a medida que van cambiando los tiempos, costumbres y modos de pensar de la sociedad: *“Lo que hoy es tachado de inmoral o contrario al orden público, mañana puede no serlo, y viceversa. Además, si tenemos en cuenta el plano internacional de los derechos de autor, vemos que una misma obra puede ser calificada de inmoral y contraria al orden público en unos países y en otros no (por ejemplo, la obra ‘Versos Satánicos’). Entonces, ¿estas obras inmorales y contrarias al orden público son merecedoras de protección legal? ¿Si no son merecedoras de protección, deben ser perseguidas las copias de dichas obras por ser éstas también inmorales o contrarias al orden público?”*. A juicio del referido autor, la respuesta radica en que la Ley no debe juzgar los aspectos morales de las obras, ni tampoco su adecuación al orden público.¹⁰⁰⁸

De ahí, que entendamos que no se debería negar la existencia de obra paródica, ni siquiera podría considerarse que en su ejercicio la parodia fuera ilícita. Sin embargo, el ordenamiento no podría permitir su comunicación. Pero en tales supuestos el análisis de su ilicitud se haría en relación y con aplicación de otras normas, no con base en el TRLPI. Lo que el ordenamiento estaría protegiendo o desprotegiendo serían los

¹⁰⁰⁷ VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, Pág. 364.

¹⁰⁰⁸ PLAZA PENADES, Javier, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de octubre de 1992”, en RGD, núm. 583, 1993, Págs. 3027 y 3028.

derechos y libertades de los demás en relación con la libertad de expresión y de creación del parodiador.¹⁰⁰⁹

4.2. Parodia y arte apropiacionista

Según LANDES y POSNER, los artistas del movimiento denominado “arte apropiacionista” toman imágenes de la cultura popular, anuncios, medios de comunicación y los incorporan en nuevas obras de arte. Con frecuencia, la habilidad técnica de los artistas es menos importante que su habilidad conceptual, consistente en colocar las imágenes en escenarios diferentes para alterar su significado. De hecho, el arte apropiacionista ha sido descrito como “sacar las manos del arte e introducir el cerebro”. Se trata de una escuela de arte posmoderno que ha dado lugar a numerosos litigios en los que se han discutido cuestiones relativas a derechos de autor.¹⁰¹⁰

Cabe decir, no obstante, que este movimiento no genera ningún tipo de problema jurídico cuando las obras tomadas forman parte del dominio público. Por ejemplo, Marcel Duchamp, uno de los precursores del movimiento del arte apropiacionista y del *pop art*, presentaba objetos estandarizados (un orinal, una rueda de bicicleta o una pala de nieve) como obras de arte. En ejercicio de dicha expresión artística, y por la que quizás sea la razón por la que más se le recuerde, en 1919 Duchamp dibujó sobre una postal de La Monalisa, un bigote y una barba, y al resultado lo denominó “L.H.O.O.Q.”¹⁰¹¹ Esta actividad, a pesar de conllevar, probablemente, un profundo

¹⁰⁰⁹ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 241.

¹⁰¹⁰ Vid. LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Págs. 338 y 339.

¹⁰¹¹ Al parecer las referidas siglas significan “*Elle a chaud au cul*”.

significado y suponer un acto en cierta forma de rebeldía, que algunos autores han tildado de parodia,¹⁰¹² a nuestro juicio no comporta ningún tipo de colisión de derechos por dos motivos fundamentales: (i) porque la obra en cuestión se halla, definitivamente, en el ámbito del dominio público; y (ii) porque, en todo caso, la aportación hecha por



Duchamp no debería ser considerada como una “creación original”. Dicho esto ya que, objetivamente, dibujar bigotes y barbas sobre litografías famosas no es una actividad que pueda ser considerada como revestida de originalidad, toda vez que exige muy poca creatividad y constituye una práctica habitual en los jóvenes estudiantes de todas partes del mundo.

Ahora bien, caso distinto es cuando la obra copiada está protegida por derechos de autor y es entonces cuando el riesgo de que tenga lugar un pleito por infracción de los mismos aumenta considerablemente. Y es que “los artistas y los jueces no suelen estar de acuerdo respecto a cómo enfocar desde una perspectiva jurídica el arte apropiacionista. El artista concibe las restricciones legales al uso de materiales ajenos como una amenaza a su libertad artística. Pero desde la perspectiva de la normativa sobre derechos de autor, el propio término “apropriacionista” es una provocación, ya que la “apropiación” de obras protegidas connota robo.”¹⁰¹³

¹⁰¹² YONOVER, Geri J., “The precarious balance: moral rights, parody and fair use”, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 14, 1996, Pág. 101.

¹⁰¹³ LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 339.

Así, los tribunales de los Estados Unidos se han encontrado con numerosos pleitos que resolver en este sentido, como por ejemplo el caso *Mattel v. Walking Mountain Productions*.¹⁰¹⁴ En el referido caso, la Corte de Apelación mantuvo la decisión del Juez Ronald Lew de fallar en contra de la demanda interpuesta por Mattel en la que se solicitaba que se impidiera al artista fotográfico Tom Forsythe que utilizara a la famosa muñeca Barbie en una serie de fotografías, en las que se mostraba a la referida muñeca de forma despectiva o en posiciones o actividades con connotaciones de alto contenido sexual.



Tom Forsythe "Food Chain Barbie", 1999.

En este caso, el tribunal falló a favor del demandando en el entendido de que se trataba de una parodia y de que “Barbie” más que una marca o una obra protegida se había convertido en un icono cultural, que había trascendido en la cultura popular de tal forma que era ya parte integral de la misma.¹⁰¹⁵ Así, vemos que como hemos dicho, en ocasiones, el arte apropiacionista como expresión artística ha sido asimilado con la

¹⁰¹⁴ *Mattel, Inc. et al. v. Walking Mt. Productions, et al.* (9th Cir. Dec. 29, 2003) 2003 U.S. App. LEXIS 26294.

¹⁰¹⁵ Las fuentes de las cuales hemos obtenido las imágenes en cuestión son las siguientes: <http://www.illegal-art.org/print/popup/forsythe.html> y <http://creativecommons.org>

parodia. Sin embargo, habría que atender a cada caso en concreto ya que no todo arte apropiacionista tendrá a su vez la consideración de parodia. Tal y como señala SOL MONTAÑOLA, sin perjuicio del mensaje crítico que pueda conllevar este tipo de arte, cierto es que el Derecho de autor no debe juzgar el significado, el contenido o el mensaje que encierra una obra para otorgarle por ese solo hecho su protección, si no hay actividad creativa (como en el caso que hemos mencionado antes de Duchamp), por importante que sea ese mensaje, o ese significado, no debe extender su tutela.¹⁰¹⁶

4.3. La parodia de marcas

Cuestión relacionada con todo lo anterior es la relativa a la parodia de la marca, especialmente en casos donde el título de un libro o el nombre o figura de un personaje no sólo son objeto de propiedad intelectual sino que además, y acaso para reforzar su protección, han sido objeto de registro como marcas o como modelos o dibujos artísticos.¹⁰¹⁷ “Normalmente, los tratamientos de la parodia se restringen a uno de estos ámbitos, o el de la propiedad intelectual o el de la industrial, pero sin valorar comparativamente los resultados en uno y otro campo. De ahí que en este lugar pretendamos averiguar si las categorías y resultados de uno son trasladables al otro.”¹⁰¹⁸

A estos efectos, debemos empezar por destacar que, a nuestro juicio, a las marcas se aplicarán las reglas del artículo 39 del TRLPI en tanto que sean al mismo tiempo obras

¹⁰¹⁶ Vid. SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, Págs. 174 y 175.

¹⁰¹⁷ Para OTERO LASTRES, J., *El modelo industrial*, Madrid, 1977, Pág. 383, sólo debería protegerse por propiedad intelectual los modelos y dibujos artísticos. En contra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1era. Ed. 1989, Págs. 230 y 231.

¹⁰¹⁸ PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 33 y 34.

en el sentido de dicho cuerpo normativo, como por ejemplo, la figura de Mickey Mouse. En caso de que no se trate de obras, habrá que atenerse a lo dispuesto en la Ley de marcas o bien a las normas relativas a la competencia desleal u otras que, en su caso, resulten de aplicación.

Sentado lo anterior, cabe destacar que dentro de los tipos de signos distintivos, generalmente son las marcas notoriamente conocidas las utilizadas en parodias de diversa índole, debido principalmente a la alta carga informativa que poseen y a su gran nivel de recordación por parte del consumidor. La dilución de una marca notoria consiste en la progresiva pérdida de su poder distintivo o publicitario, lo cual puede producirse, entre otros, en los siguientes casos: (i) cuando la marca es utilizada para distinguir productos o servicios diferentes; (ii) cuando la marca se torna común o genérica; (iii) cuando la marca se usa de manera adhesiva o parasitaria; o (iv) cuando la marca es utilizada en contextos distintos a los concurrenciales, como es el caso de la parodia de marcas.¹⁰¹⁹

Así, nos encontramos con que parodiar marcas es muy común y, de hecho, en los Estados Unidos se plantean con más frecuencia litigios relativos a parodias de marcas que a parodias relativas exclusivamente a derechos de autor.¹⁰²⁰ Así las cosas, la jurisprudencia norteamericana ha tenido un desarrollo importante que merece ser tomado en cuenta, a pesar de que las decisiones que han tomado dichos tribunales sobre este tema no han sido del todo uniformes. En efecto, conforme apunta MONTEAGUDO, en algunos casos se prefirió la manifestación de la libertad de

¹⁰¹⁹ Vid. MARCIANI BURGOS, Betzabé y SOLÓRZANO, Raúl, “La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 57, Lima, 2005, Págs. 281 y 282.

¹⁰²⁰ Vid. LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 210.

expresión mediante una parodia crítica en detrimento de las pretensiones del titular de la marca,¹⁰²¹ mientras que en otras oportunidades, cuando se verificó el riesgo de confusión o de aprovechamiento comercial, predominó un interés del titular de la marca.¹⁰²²

Así, vemos que las parodias de marcas presentan problemas similares a los que hemos venido exponiendo hasta ahora con relación a la parodia de obras en sentido estricto, si bien no son exactamente los mismos, y de igual manera, debe atenderse a cada caso en concreto.¹⁰²³

Según indica PERDICES HUETOS, la razón de parodiar una marca es la misma que la de parodiar una canción, un libro o una película: crear un efecto humorístico o ingenioso a partir de un material que viene dado, que está presente en la sociedad y que en ocasiones encarna todo un modo de vida, de pensamiento o de status social. Según el referido autor, eso encaja con la mentalidad del parodista, a quien, en principio, lo mismo le da parodiar un cuadro, que una marca, que el título de un libro: lo que persigue es contrahacer un signo gráfico o textual que por las razones que sea ha tenido un calado en la sociedad. Lógicamente, eso contradice la voluntad del titular de la

¹⁰²¹ Véase, por ejemplo, *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894, 901, 906-907 (9th Cir. 2002), en el que la Corte de Apelación sostuvo que la canción “Barbie girl” del grupo danés Aqua, cuya letra hacía referencia a la muñeca Barbie diciendo cosas como “Puedes peinar mi pelo y desvestirme donde quieras”, no constituía una infracción ni diluía la marca “Barbie” al tratarse de una parodia protegida de conformidad con la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La demanda fue interpuesta el 11 de septiembre de 1997 y finalmente fue resuelta en julio de 2002.

¹⁰²² MONTEAGUDO, Montiano, *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995, Págs. 127 y 128.

¹⁰²³ A este respecto resulta de interés la opinion de LANDES, William y POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, Pág. 213 y 214, cuando establecen que “la aplicación adecuada de la doctrina del fair use a las parodias en el ámbito de los derechos de autor y de las marcas debe ser diferente; aunque no en todos los supuestos, pues las marcas pueden ser el objetivo de carácter crítico como sucede con las obras protegidas por derechos de autor, pero sí en aquellos casos en que, por ejemplo, una empresa difama o desacredita a un competidor o a su producto mediante una parodia o en los que trata de apropiarse del fondo de comercio acumulado por el competidor a través de una parodia de tono benévolo.”

marca, que teme la posibilidad de que la aparición o la presentación de la marca en una forma inapropiada o de mal gusto pueda disminuir su atractivo comercial, su “fuerza publicitaria” en el mercado de productos y servicios.¹⁰²⁴ Y es que, siempre de conformidad con el indicado autor, la marca aparece en el mercado como un trasunto de la empresa y sus productos, estando el signo gráfico en que consiste impregnado de reputación, sin que uno y otra sean separables. Aún cuando se pretenda una burla del signo, la burla trasciende necesariamente a la empresa, generando el peligro de asociaciones burlescas con la parodia cada vez que se vea el producto.¹⁰²⁵

De esta manera, consideramos que la parodia de una marca “podría refutarse lícita en la medida que por medio de ella se estableciera una crítica o comentario sobre algún tema de relevancia social, siempre y cuando no se produzca riesgo de confusión dilución innecesaria o manifiesto aprovechamiento comercial del signo distintivo en cuestión.”¹⁰²⁶

¹⁰²⁴ En este sentido, cabe destacar que, según un estudio general sobre derecho de marcas publicado por la Universidad de Harvard (disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/tm.htm#8>) en los Estados Unidos el titular de la marca puede iniciar acciones contra cualquier uso de la misma que diluya la calidad distintiva de dicha marca, ya sea por lo que ellos denominan “*blurring*” o bien por “*tarnishment*” de la referida marca, en cuyos casos alegar el riesgo de confusión no es necesario. El *Blurring* ocurre cuando el poder de la marca se debilita por su identificación con productos totalmente diferentes a los que la misma protege. Por ejemplo, bicicletas marca Kodak o cigarrillos marca Xerox. A pesar de que ninguno de los referidos ejemplos puede razonablemente causar algún tipo de confusión entre los consumidores, ambas diluyen la calidad distintiva de la marca. Por su parte el “*tarnishment*” ocurre cuando la marca se emplea de forma poco favorecedora, típicamente a través de su asociación con productos o servicios inferiores o indecorosos. Este tipo de dilución de marcas sería, en todo caso, el aplicable al hablar de parodias. Así, por ejemplo, la famosa tienda de juguetes ToysRUs llevó a término exitosamente una demanda en base a este tipo de dilución contra adultsrus.com, una página Web pornográfica. (*Toys "R" Us v. Akkaoui*, 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1836 (N.D. Cal. Oct. 29, 1996).

¹⁰²⁵ PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 35 y 36.

¹⁰²⁶ MARCIANI BURGOS, Betzabé y SOLÓRZANO, Raúl, “La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 57, Lima, 2005, Pág. 284. No obstante, en opinión de PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 50 y 51, cuando se trate de una parodia no antitemática, se tratará de una simple toma de materiales creados y desarrollados por otros en beneficio propio, y en ese sentido, las reglas de una competencia basada en el esfuerzo propio deben rechazar esas prácticas. A estos efectos, el artículo 12 de la Ley 3/1991, de 10 de

Otro un punto a considerar es si el hecho de que la parodia de la marca se use o no marcariamente ha de tener o no relevancia en su tratamiento.

En efecto, se puede distinguir, en primer lugar, el supuesto de que la parodia de la marca no se use en referencia o para identificar productos, sino que el producto que se ofrece y se adquiere es la propia parodia, bien que en un determinado soporte de importancia secundaria en la decisión de consumo. Así sucede, por ejemplo, cuando se estampan versiones deformadas de marca en pósters, pegatinas, camisetas, etc.¹⁰²⁷

Un caso de este tipo se suscitó en los Estados Unidos cuando la famosa cadena de cafeterías *Starbucks*, demandó al caricaturista Kieron Dwyer por violación de derechos de autor y de marca cuando creó una parodia de su logotipo, que apareció en la cubierta de la revista *“Dwyer's Lowest Common Denominator #0”* y que más tarde colocó en tazas de café, camisetas y pegatinas que empezó a vender a través de su página Web. Dwyer sostenía que se trataba de una parodia amparada por el derecho a la libertad de expresión.

enero, de Competencia desleal, establece que *“se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como modelos, sistema, tipo, clase y similares.”* Ahora bien, por otro lado, según el referido autor cuando se trate de una parodia antitemática, también será inadmisibles por verter al mercado de productos informaciones incontrastables y potenciadas peligrosamente por el humor de que se rodean. Así, según el indicado autor la parodia de marca sólo será admisible en este último caso pero ello siempre que se inserte en un debate público a propósito de la marca o de su entorno más inmediato: en este caso, el titular de la marca ha de soportar la parodia de la misma, no tanto en virtud de la libertad artística como de la libertad de expresión en general.

¹⁰²⁷ En este sentido véase lo que señala al respecto PERDICES HUETOS, Antonio B., *“La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”*. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 36 y 37, quien comparte opinión, entre otros, con DAGITZ, M., *“Trademark Parodies and Free Speech: An Expansion of Parodist's First Amendment Rights in L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc”*, Iowa L. Rev., Vol. 73, nº 4, Iowa, 1988, Pág. 961 y SHAUGHNESSY, R. J., *“Trademark Parody: a Fair Use and First Amendment Analysis”*, en *Virginia Law Review*, Vol. 72, Nº 6, Septiembre de 1986, Pág. 1090, sobre la distinción entre uso marcario o no de la parodia.



Imagen creada por Kieron Dwyer y logotipo original de la cadena de cafeterías Starbucks.

Este caso en particular terminó resolviéndose de forma extrajudicial, aunque, en principio, los jueces se mostraron a favor de Dwyer en el entendido de que, en efecto, se trataba de una parodia, aunque parecían renuentes a conceder que obtuviera un beneficio económico de tal actividad, de manera que entendían que debía permitírsele que continuara expresándose de esa forma, pero no que comercializara dicha forma de expresión.

En relación con lo anterior, aún cabría referirnos a la distinción apuntada por PERDICES HUETOS dentro de este uso no marcario, y es la referente al uso comercial o no de la parodia; es decir, a si la parodia trae causa en una finalidad meramente comercial, o si se persigue con ella otros fines: por ejemplo, el meramente artístico, el criticar el consumo de sustancias nocivas, o, en general, el perseguir fines ideales.¹⁰²⁸

Un ejemplo más o menos evidente de lo antes dicho podría constituir la parodia que hace “*Kentucky Fried Cruelty*” de la marca “*Kentucky Fried Chicken*”, por la cual se

¹⁰²⁸ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 36 y 37.

critica la crueldad a la que son sometidos los pollos destinados a la conocida cadena de comida rápida.¹⁰²⁹



Logotipo original de la cadena de restaurantes de comida rápida *Kentucky Fried Chicken* e imagen creada por sus detractores.

Frente a estos supuestos se sitúa la parodia que se usa como marca, es decir, los casos en que se trata de adoptar como marca de los propios productos una marca ajena, alterada de tal forma que resulte crítica o irónica. Es decir, que las parodias se usan para identificar los productos del parodista. No obstante, destaca PERDICES HUETOS la escasa idoneidad de las parodias para ser usadas de esta forma, ya que mientras la marca es de duración tendencialmente indefinida, la vida útil de la parodia es sensiblemente breve, toda vez que la misma basa su valor en una sorpresa o comicidad iniciales, que van disminuyendo con el tiempo, a diferencia del renombre de una marca que con el tiempo tiende a incrementarse. Además, sigue indicando el referido autor que, aún en los casos en los que se use la marca para aprovechar su tirón inicial, la parodia sigue siendo inidónea como marca, ya que el consumidor, a diferencia de lo que ocurre en el caso de una marca original o seria, distingue en estos casos el valor intrínseco del producto por un lado y el de la parodia que lo acompaña por otro. Esto hace que, económicamente, el uso marcario o no de la parodia sea irrelevante. En consecuencia, tanto si la parodia de la marca se emplea o no marcariamente –y salvo el excepcional

¹⁰²⁹ Véase mayor información sobre las actuales investigaciones con relación a dicho trato cruel, en <http://kfccruelty.com>

caso de una parodia confusoria para productos idénticos o similares- serán las normas sobre comportamiento leal en el mercado las que apliquen.¹⁰³⁰

Sin perjuicio de cuanto acontece, debemos concluir este acápite estableciendo que desde hace un par de décadas, se pretende justificar el uso irónico de marca ajena recurriendo a la parodia. Ahora bien, como hemos visto, no siempre el concepto de parodia aplicado es el propio del Derecho de Autor. En este sentido, la jurisprudencia ha ofrecido respuestas disímiles y la doctrina ha prevenido respecto de los daños que puede ocasionar una errónea calificación de parodia de marca. No puede dejar de ser parodia si se trata de obra protegida por el Derecho de Autor, pero téngase presente que, en numerosos casos, puede que la marca parodiada no constituya obra protegida y que, aún siéndolo, de la superposición de regímenes de protección pueden generarse daños cuya definitiva licitud solamente se determinará dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso.¹⁰³¹

¹⁰³⁰ Vid. PERDICES HUETOS, Antonio B., “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”. Revista de Propiedad Intelectual núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999, Págs. 37 a 39.

¹⁰³¹ Vid. BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, “Parodia de Marcas: En búsqueda de la ajustada aplicación del instituto”, en *Estudios de Propiedad Intelectual*, Talleres Gráficos Universitarios U.L.A., Mérida, 6-7 diciembre, 2004, Págs. 84 a 101.

CONCLUSIONES

*“El que hace burla y risa de otro gana
un gusto pequeño y un enemigo grande.”*

Francisco de Quevedo (1580-1645)
Escritor español

Después de estudiar de forma más o menos atenta todos los factores que entendimos relevantes con relación al derecho de transformación y al límite de la parodia, a continuación enumeramos las diferentes conclusiones a las que hemos podido arribar a lo largo de este estudio:

- 1) La expresión Derecho de Autor se utiliza en nuestro sistema legal para referirse al conjunto de facultades que la ley otorga al autor de una obra original del intelecto en el entendido de que la misma es susceptible de protección. El cuerpo normativo que regula esta materia es el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) aprobado mediante Real Decreto Legislativo número 1/1996, de 12 de abril y una de sus particularidades principales es la existencia de distintas facultades que cubren tanto los aspectos morales vinculados a la personalidad del autor, como los patrimoniales ligados a la explotación económica de la obra. Así, por un lado se hallan los llamados derechos morales reconocidos en el artículo 14 del TRLPI, que son irrenunciables e inalienables y persiguen la protección de la persona del autor a través de su obra. Y por otro lado, se hallan los denominados derechos de explotación reconocidos en el artículo 17 del TRLPI, que de forma enunciativa son los que a continuación se señalan: (i) el derecho de reproducción

reconocido en el artículo 18 del TRLPI (la fijación directa o indirecta, provisional o permanente de la obra en cualquier forma y en cualquier medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella); (ii) el derecho de distribución reconocido en el artículo 19 del TRLPI (la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma); (iii) el derecho de comunicación pública reconocido en el artículo 20 del TRLPI (todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas) y (iv) el derecho de transformación reconocido en el artículo 21 del TRLPI.

Como se vio a lo largo de este estudio, en realidad, en el referido artículo 21 del TRLPI no se define lo que es el derecho (o la actividad) de transformación. Se enumeran algunos de sus supuestos, para luego finalizar la proposición legal con una fórmula abierta que intenta proporcionar los elementos suficientes para saber cuándo estamos ante una transformación de la obra. De ahí que, como primera aproximación, a la hora de definir la transformación, utilicemos la fórmula siguiente: si entendemos a) que las obras resultantes de la transformación son las llamadas “obras derivadas”; b) que son de este tipo, para la doctrina y para los distintos ordenamientos extranjeros similares al nuestro, todas las que menciona el artículo 11 del TRLPI; c) que la relación de las obras mencionadas en dicho artículo se halla encabezada por las mismas que cita el artículo 21 (traducción y adaptación), y d) que las restantes son también el resultado de algún tipo de modificación en la forma, pues, parece lógico, en principio, concluir estableciendo que todas las obras protegidas del artículo 11 TRLPI son las “obras diferentes” derivadas de un proceso de transformación.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, entendemos que la noción de transformación tal y como se aplica a día de hoy es más amplia que la empleada en el artículo 21, ya que no es requisito imprescindible para que ésta exista que se lleve a efecto una actividad transformadora sobre la obra de la que se derive una obra diferente, sino que entran en esta noción aquellos supuestos en los que una obra preexistente o parte de ella se incorpora en la realización de otra obra. De ahí que la generalidad de la doctrina entienda incluidas dentro del concepto de transformación a las obras compuestas del artículo 9 y a las colecciones del artículo 12 del TRLPI. En este sentido, no nos parece descabellada la posición de ciertos autores que sostienen que, precisamente por la falta de actividad transformadora en sentido estricto, la incorporación a la que se refiere el artículo 9 del TRLPI es, de hecho, una forma de explotación distinta a la transformación en sí misma, pero que por las similitudes entre ambas figuras jurídicas habrá de aplicárseles el mismo régimen legal.

En efecto, a nuestro juicio, la obra compuesta y la derivada son dos supuestos distintos con un régimen jurídico similar. La obra derivada implica una incorporación intelectual; una modificación en sentido estricto. Por su parte, la obra compuesta conlleva una incorporación material, eso es, la utilización de la obra preexistente sin introducir cambios en la misma más que los que supone su incorporación a un contexto distinto del que fue originalmente creada.

- 2) En línea con lo anterior, es preciso establecer igualmente que la propia complejidad de la transformación nos lleva a la conclusión de que el dogma que hemos llevado impuesto desde hace muchos años que sostiene que el contenido de la obra y las ideas en sí mismas no son protegibles, debe ser matizado. Y es que,

según se ha visto en este estudio, en un sinnúmero de ocasiones, cuando hablemos de transformación, es necesario proteger asimismo el contenido de la obra, lo que se hace especialmente patente cuando hablamos de adaptación cinematográfica de una obra literaria, de “remakes”, *precuelas*, *secuelas* y “*spin offs*”; ya que para llevar a cabo este tipo de obras, es necesario recabar el derecho de transformación, sin embargo, en tales casos la forma de la obra preexistente apenas se tocará, siendo básicamente el contenido lo único que se verá afectado.

A este respecto, no todos los componentes del contenido de la obra preexistente estarán protegidos, ya sea porque se encuentran fuera del ámbito objetivo de la ley o porque han pasado al dominio público. Dentro del primer supuesto caben encauzarse concretamente, las situaciones en las que lo que se pretende utilizar es el estilo, las opiniones concretas de un autor, personajes estereotipados o bien las tramas estándar, ya que estos elementos, por ser carentes de originalidad o por su generalidad, no se encuentran protegidos por el derecho de autor. Así por ejemplo, nadie puede impedir a un autor determinado que desarrolle una obra sobre un niño que tiene poderes mágicos, pero lo que no podrá hacer ese autor será crear, sin autorización, una obra que describa la historia y las características propias de la saga Harry Potter, aunque lo haga en una forma de expresión totalmente distinta a la hecha por la autora de esta última.

- 3) Por otra parte, entendemos necesario concluir sobre la distinción entre el derecho de transformación y el derecho a la integridad de la obra, que con frecuencia suelen confundirse. En este sentido, hemos de señalar que el derecho de transformación permite al autor negociar la modificación o bien la incorporación, (utilización en definitiva) de su obra o de elementos de la misma, para la creación

de otras obras distintas. El de integridad por su parte protege exclusivamente la percepción que el público tiene de la primera obra. Es decir que para que se entienda violentado el derecho del autor al respeto de la integridad de su obra, no basta que se lleve a cabo cualquier tipo de cambio en la obra preexistente, sino que resulta necesario que la deformación, la modificación o la alteración suponga un perjuicio a los legítimos intereses de dicho autor o menoscabe su reputación. Asimismo, a diferencia de lo que sucede con la violación del derecho patrimonial a la transformación, para que se produzca la de este derecho moral no es preciso que el resultado de la deformación, modificación o alteración sea una obra nueva; sin embargo, el elemento recurrente será, en todo caso, la producción de la lesión a los legítimos intereses o reputación del autor de la obra primigenia.

- 4) Por lo demás, entendemos que la transformación en nuestro Texto Refundido se sistematiza como derecho de explotación, figurando en el último supuesto de los señalados por el artículo 17 y correspondiendo su ejercicio exclusivo al autor, previendo que de no llevarse a cabo por él mismo no podrá ser realizado sin su autorización, con excepción de las previsiones legales. De manera que cierto es que el derecho de autor sobre la obra adaptada o transformada corresponde al autor de tal acto de transformación, pero no lo es menos que éste no cabe que sea realizado sin permiso del autor de la obra que se transforma o del titular del derecho de transformación. Y es que el artículo 21, como hemos visto, define transformación refiriéndose al acto en sí: la modificación en su forma “*de la que se derive una obra diferente*”. Es decir que, a nuestro juicio, aquí “transformación” no se refiere a la obra resultante del acto, sino al acto en sí mismo. Se distingue de la obra resultante, que “deriva” de ella. No es lo mismo llevar a cabo la actividad

transformadora (que puede ser en todo caso impedida por el titular correspondiente con la interposición de medidas cautelares), que la obra derivada o bien compuesta, en su caso, que es el resultado ya acabado del acto de transformación. Por ende, a nuestro entender, sería oportuno distinguir entre la creación de la obra derivada y su posterior explotación, requiriéndose de autorizaciones distintas para cada uno de estos actos.

- 5) Por otra parte, en el Capítulo II, Título III, Libro I del TRLPI se establecen ciertos límites a los derechos de exclusiva de los autores, que permiten el uso de las obras de éstos para determinadas finalidades. Sin embargo, el resto de las facultades que no se vean afectadas por estas limitaciones permanecen indemnes, de tal manera que los referidos preceptos, han de entenderse siempre sin perjuicio del derecho del autor preexistente sobre su obra. En consecuencia, todos los artículos que componen dicho Capítulo deben ser objeto de interpretación rigurosamente restrictiva. Es decir, que tales disposiciones sólo podrán interpretarse de manera tal que permitan únicamente lo que de ellos básicamente se desprenda, no cabiendo la interpretación de que su aplicación cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran. Esto es precisamente lo que predica el artículo 40 bis del TRLPI con la regla de los tres pasos, el principio de los usos honrados, el *jus usus innocui* y, en definitiva, los factores que más vienen a tomar en cuenta los países anglosajones que en su sistema aplican la doctrina del *fair use*.
- 6) Una de las limitaciones incluidas en el Capítulo II, Título III, Libro I del TRLPI que afecta al derecho exclusivo de transformación es el contemplado en el artículo

39 del TRLPI relativo a la parodia. El resultado de la actividad paródica se trata, en puridad, de una obra derivada, en el sentido de que es la consecuencia de modificar de forma humorística una obra preexistente a la cual se pretende criticar duramente. A estos efectos, la inmensa mayoría de la doctrina sostiene que este límite encuentra su fundamento en la libertad de expresión y creación, así como en el fomento de la cultura. De esta manera, la distinción que la ley hace entre las transformaciones serias de una obra y la parodia a favor de esta última radica en que de no hacerlo así, la actividad paródica, dada su naturaleza esencialmente crítica, tendería a su desaparición, lo que iría totalmente en contra del espíritu de la Constitución española que aboga por la libertad de expresión, el desarrollo de la cultura y el acceso a la misma por parte de todos los individuos que conforman la sociedad.

A nuestro juicio, probablemente esta sea la opinión más acertada, pero la misma no termina de convencernos del todo dadas las interrogantes que se nos han venido planteando a lo largo del presente estudio. Y es que, visto de esa perspectiva, no podemos más que preguntarnos, ¿de cuántos compendios, resúmenes, traducciones, adaptaciones y demás obras derivadas verdaderamente útiles y beneficiosas para la enseñanza y la investigación nos habremos perdido por no haberlo autorizado así el autor de la obra preexistente? ¿Y no se habla aquí de inconstitucionalidad por vulneración del derecho de libertad de expresión o de creación? Y es que, ya puestos, si nos fijamos bien, algunos de los supuestos que contempla nuestro TRLPI de alguna forma coartan la libertad de expresión y casi nadie parece observarlo. Desde el momento en que debe pedirse autorización para interpretar o ejecutar una pieza musical, para adaptar o compendiar un libro, para

incorporar una obra en otra, y así sucesivamente, se limita en cierta forma el derecho a la libertad de expresión y de creación. De ahí, que no podamos entender que estos han de ser los fundamentos de la existencia de la parodia, por el simple hecho de la naturaleza crítica de ésta. Después de todo, la crítica puede llevarse a cabo de múltiples maneras sin tener que utilizar para tales efectos la obra preexistente.

Es por esto que, a nuestro juicio, no podemos más que concluir estableciendo que la parodia en realidad no parece fundamentarse en ninguna de las figuras antes mencionadas, sino que entendemos más lógico pensar que era necesario incluirla en nuestro ordenamiento simplemente por el hecho de que la misma constituye una realidad palpable, que forma parte de nuestra cultura desde muy antiguo y que, sin embargo, ningún cuerpo normativo se había encargado de abordarla de forma expresa; de modo que el legislador se dio a la tarea de incluirla probablemente previendo que de no desarrollarse expresamente en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia habrían de hacerlo de todas formas.

No obstante, recalamos aquí que esta no es la postura predominante en la doctrina y reconocemos que, a pesar de que no nos convencen del todo, los argumentos sostenidos de contrario tienen un peso considerable al defender a la parodia como una forma concreta de crítica.

- 7) Por otra parte, como decíamos, el artículo 39 del TRLPI referente a la parodia, debe interpretarse de forma restrictiva y ajustándose a lo que de su texto se desprenda de manera específica, de manera que una determinada actividad paródica no podrá ser considerada lícita si se escapa de lo dispuesto en la referida norma. Sin embargo, delimitar tales requisitos no es tarea fácil, toda vez que la

propia Ley, la doctrina y la jurisprudencia no proporcionan criterios estables a partir de los cuales construir una teoría precisa de la utilización paródica de una obra. La doctrina apenas hoy en día comienza a unificar criterios; la Ley señala el camino por el que debe discurrir tal actividad sin precisión; y la jurisprudencia es escasa, muy distanciada en el tiempo y un tanto desafortunada, ya que en la mayoría de los casos que se han presentado no se ha discutido sobre parodia en sentido estricto, sino más bien de transformaciones regulares de obras sin autorización, disfrazadas de parodia.

No obstante lo anterior, después de realizado nuestro estudio podemos concluir entendiendo que los requisitos de licitud de la parodia radican en que: **(i)** la misma debe encerrar una crítica a la obra preexistente, y además en su ejercicio debe cumplir con las condiciones impuestas por el artículo 39, cuales son, **(ii)** que afecte a una obra concreta, **(iii)** que esa obra concreta se encuentre divulgada, **(iv)** que no implique riesgo de confusión con la obra parodiada, y **(v)** que no cause daño a la obra preexistente, **(vi)** ni un daño a su autor.

En lo que se refiere al requisito número **(i)**, entendemos que el mismo es claro y en esto estamos de acuerdo con la mayor parte de la doctrina que sostiene que la parodia debe perseguir un efecto humorístico y detrás de ello debe encerrarse una crítica hacia la obra preexistente.

Por lo demás, y en lo que respecta al requisito número **(ii)**, entendemos que la parodia debe dirigirse hacia una obra concreta, esto es, hacia la preexistente que toma como modelo y, de no ser así, la actividad en la que se utiliza libremente a la obra parodiada como simple excusa para atacar un objetivo ajeno a la obra, no debe permitirse, porque no es parodia. Es decir, que si la obra paródica

simplemente aprovecha el material de otro para servir sus propios fines, sin que ese material sea medio para atacar o criticar la obra de que procede, no estaremos en presencia de una parodia sino de una obra derivada común y corriente que para su realización requiere de la correspondiente autorización del autor de la obra originaria. Esto es lo que durante nuestro trabajo se distinguió como parodia “*target*” (parodia que toma como objetivo a la obra parodiada o su entorno cercano) y parodia “*weapon*” (parodia que toma la obra parodiada como arma para atacar a un extremo que nada tiene que ver con la obra parodiada), y que aquí concluimos, definitivamente, que a lo que se refiere el artículo 39 del TRLPI es a la parodia “objeto” o “*target*” y en ningún caso a la parodia “medio” o “*weapon*”.

Por otra parte, y en lo que se refiere al requisito número **(iii)**, debemos establecer que la parodia se configura como un límite al derecho patrimonial de transformación, mas no al derecho moral de decidir acerca de la divulgación. De esta manera, uno de los principales requisitos para que una determinada actividad paródica sea considerada lícita es precisamente que la obra que se pretende parodiar halla sido divulgada con anterioridad. Ahora bien, esto más que ser visto como una exigencia, debe observarse como un elemento congénito a toda parodia. El efecto imitativo propio de la parodia se disolvería, si el parodista llevara a cabo su crítica sobre una obra desconocida para el público. Así, cuanto más conocida sea la obra preexistente, más posibilidades tendrá de ser parodiada. En definitiva, se trata de algo lógico: uno de los requisitos de la parodia es que la obra originaria se halle divulgada, pero además una de las características intrínsecas de toda parodia es que la misma se aproveche del éxito de una obra preexistente para criticarla, de ahí que sea más razonable entender que la parodia se dirija a una obra

muy conocida y no lo contrario, en cuyo caso la parodia podría verse, al menos en principio, como un simple pretexto para un aprovechamiento indebido de la obra ajena.

En cuanto al requisito número **(iv)**, relativo a la inexistencia de riesgo de confusión entre la obra preexistente y la obra paródica, entendemos que en definitiva, lo que se persigue es que el público a la que va dirigida la parodia debe entender que se trata de dos obras totalmente distintas, lo cual va estrechamente ligado con la cantidad de material ajeno que se utiliza en la actividad paródica y lo que se hace con dicho material. A nuestro juicio, resulta evidente que si el parodista recurre a la casi completa reproducción de otra obra ajena, su condición estará más bien próxima a la de un mero plagiarlo, pero también entendemos que el dato de la cantidad no es por sí sólo determinante. Y es que, nos parece acertada la posición de la doctrina que sostiene que es mejor plantear el tema no desde la perspectiva de la cantidad de material que se toma de la otra obra, sino desde lo que se hace con aquello que se toma. Es decir, que no se trata de impedir que se tome una parte sustancial de la obra primigenia, sino de exigir que de lo tomado se haga un uso creativo y original que se convierta finalmente en una obra distinta y propia.

Por otra parte, el requisito número **(v)** nos indica que la parodia no puede ser justificada si daña el honor o la reputación del autor o a la obra misma, ya que, tal y como lo adelantamos, esto está indudablemente relacionado con la posible infracción del derecho moral a la integridad de la obra. No obstante lo anterior, debemos de tener en cuenta que no sólo se causa un perjuicio a la obra cuando se ataca su integridad sino que también se infiere un daño a la obra primigenia

cuando se la despoja de su público, y esto se produce normalmente por la confusión entre una obra y otra, lo cual en sí mismo ya constituye un daño. En efecto, y en consonancia con lo anteriormente dicho con relación al requisito número **(iv)**, una obra que genera riesgo de confusión con otra ante el público está compitiendo en el mercado con ella, y por esta razón ocasiona daños patrimoniales al autor de la obra preexistente y, por ende, está perjudicando sus intereses. De la misma manera, el perjuicio se produce cuando la obra paródica sustituye a la obra originaria en el mercado, atacando así a los derechos económicos, aunque debido a que ambas obras tienen mercados totalmente diferentes, esto raras veces sucederá.

En definitiva, la justificación de este requisito -que por lo demás se haya estrechamente relacionado con el anterior-, radica en la necesidad de proteger tanto al titular del derecho de autor, como a los consumidores en general. De esta manera, se intenta impedir que con la excusa de la parodia se produzca, en realidad, una vulgar copia de la obra primigenia que dé como resultado un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

Ahora bien, el daño al que nos venimos refiriendo deberá interpretarse de forma amplia, aunque objetiva. Es decir, no cabe argüir los efectos que resultan lógicamente de una parodia. Siempre que se cumplan los requisitos de rigor, el autor debe admitir la utilización de su obra en clave humorística; y no podrá intentar impedirla por su mera susceptibilidad ante las risas que la parodia pueda provocar. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la intención humorística no podrá servir nunca de cobijo para aquellos que lo que real y efectivamente pretenden sea dañar la percepción que el público pueda tener de la obra primigenia.

En lo que se refiere al último de los requisitos, el número **(vi)** que señala que la parodia no debe inferir un daño al autor de la obra preexistente, estamos de acuerdo con el sector de la doctrina que señala que estos daños no son otros que los que se producen por la injuria, para los que existe el correspondiente camino penal; aunque también se pueden producir actuaciones que le perjudiquen y que, sin embargo, no sean constitutivas de delito. De esta forma, el daño al autor puede constituir de la misma manera una intromisión ilegítima en el derecho del autor de la obra primigenia a su honor y a su propia imagen, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 1/1982. Así las cosas, no nos parece que sea el artículo 39 del TRLPI el apropiado para regular estos aspectos. Si la parodia produce un daño moral previsto por la legislación común, ya sea la de protección a la propia imagen por vía civil o la misma en lo penal, será allí adonde haya que acudir, sin que los artículos 39 y 40 bis del TRLPI aporten nada nuevo. Y, además, por otro lado, si lo que se plantea es la protección de los derechos morales de autor, en particular, el referido a la facultad del autor de oponerse a cualquier modificación o alteración que de alguna forma afecten a la obra, de poco servirá este alegato, toda vez que ya contamos con un artículo 14.4 del TRLPI que regula dicha circunstancia.

- 8) Por último, debemos hacer un alto para concluir sobre el hecho de si el autor de la obra preexistente tiene derecho a no a percibir algún tipo de remuneración por la explotación de la obra paródica. A estos efectos, debemos de recordar que el límite de la parodia y el daño que este pueda ocasionar se debe entender al margen de si la actividad paródica conlleva o no un fin comercial, de manera que la parodia puede ser lícita con independencia de que el autor paródico obtenga un lucro a raíz

de tal actividad. De hecho, también se ha dicho a lo largo de este estudio que la mayoría de las parodias supondrán de algún modo un beneficio económico para quienes las realizan.

Como se ha establecido a lo largo de este estudio, a diferencia de los otros derechos de explotación que contempla el TRLPI que por su naturaleza sólo requieren una autorización por parte del titular de los derechos, la explotación del derecho de transformación requiere dos autorizaciones distintas. En efecto, una vez realizada la distribución, reproducción o comunicación pública de que se trate, la explotación de la obra es ya un hecho manifiesto. Sin embargo, para la transformación es necesaria una autorización para llevarla a cabo y otra muy distinta para explotarla. Es decir, que el TRLPI en su artículo 17 deja muy claramente evidenciado el hecho de que no puede nadie transformar la obra ajena, salvo cuando así lo permita el propio TRLPI, como es el caso de la parodia.

Ahora bien, ¿quiere decir lo anterior que dicha falta de autorización significa que podrá el parodista realizar la transformación y también explotarla? No tan sólo tendrá el autor de la obra preexistente que soportar que su obra sea criticada y, por ende, dañada, sino que ¿también deberá desligarse de los posibles ingresos económicos que de parte de su ingenio resulten? La respuesta, a nuestro entender, tendrá que ser negativa.

A nuestro entender, el autor de la obra preexistente sigue disfrutando de los derechos patrimoniales sobre la obra derivada de su creación, aunque la misma se trate de una parodia. Esto es así, ya que como hemos dicho y como es la opinión general de la doctrina, los límites a los derechos de explotación han de interpretarse de manera rigurosamente restrictiva. Ante la duda sobre si el autor de

la obra preexistente debe de perseguir la explotación económica de la obra resultante o no, parece evidente que la Ley debe de inclinarse a beneficiar al autor, y tratar de no quitarle más que lo estrictamente necesario, a no causarle un perjuicio injustificado a sus legítimos intereses.

Y es que, de conformidad con el artículo 3 del Código Civil español que establece la forma en la que han de ser interpretadas las normas, si atendemos al sentido propio de las palabras del TRLPI parece evidente que: i) la parodia es una transformación; ii) que las transformaciones requieren de la autorización de la obra primigenia tanto para su creación como para su explotación; y iii) que el artículo 39 sólo establece que no se requiere autorización para crear la parodia; para explotarla sería necesario una autorización distinta.

Igualmente, atendiendo a los antecedentes históricos y legislativos vemos que la tendencia siempre ha sido la de favorecer al autor, limitándolo lo menos posible, tal y como se demuestra en el Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1880, en el que no se autorizaba a transformar la obra en ninguna forma. De hecho, según dicha norma no podía ni siquiera introducirse un trozo ni una melodía literal de la obra preexistente. A nuestro juicio, la situación actual ha cambiado, permitiendo la transformación, pero no eliminando los derechos económicos del autor de la obra derivada, y, como hemos visto, la parodia es precisamente eso: una obra derivada.

De la misma manera, entendemos que todo esto queda a su vez demostrado por el hecho de que la redacción actual del artículo 21.2, proviene del artículo 3º de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos.

Y es que es esta Ley la que viene a aclarar todas las dudas sobre el destino y la forma de explotación de las obras derivadas. Hasta antes de esta incorporación, la gran mayoría de los doctrinarios entendían que el autor de la obra preexistente no tenía ningún derecho sobre la obra nueva y, al parecer, esa concepción se ha mantenido al día de hoy, en la mentalidad de diversos doctrinarios de no reconocer en la parodia a la obra derivada de cuya explotación debe forzosamente participar el autor de la obra preexistente.

Así pues, a nuestro entender, lo suyo sería que el autor de la obra preexistente percibiera algún tipo de remuneración por la explotación de las obras que de ella deriven, con independencia de que sean parodias o no. Piénsese a estos efectos, por ejemplo, en el derecho de accesión con respecto a los bienes muebles que establece el Código Civil, al que hemos hecho referencia en el Capítulo Segundo de este estudio, en el que se establece que cuando se mezclan o confunden dos cosas de igual o diferente especie, o si la mezcla se verifica por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas. Lo mismo pudiera extrapolarse a la figura de la parodia en el entendido de que hay dos aportaciones diferentes que se funden en una sola totalmente distinta.

Así pues, entre parodista y parodiado pudiera bien establecerse una relación similar a la que establece el artículo 7.4 del TRLPI para la obra en colaboración. Se entendería la situación como una especie de comunidad de bienes –o bien de confusión de conformidad con lo anterior-, con la particularidad que en lugar de

tratarse de un sólo derecho perteneciente a varias personas, estaríamos ante dos derechos distintos.

En definitiva, teniendo en cuenta todo lo anterior y los elevados beneficios que las parodias pueden generar, se justifica que se señale una remuneración por la excepción de la parodia en un sentido similar al que se utiliza habitualmente para el resto de obras derivadas. Así, de aceptarse esta postura en materia de parodia y entender que los derechos patrimoniales del autor preexistente se mantienen vigentes en la obra paródica, quizás lo más lógico sería que las partes se pusieran de acuerdo para fijar las bases que regirán la relación que ambos tienen sobre la cosa en común, esto es, la obra derivada.

* * *

Evidentemente, nada de lo anteriormente expuesto constituye una fórmula matemática, ni con ello pretendemos dejar dicho que sea lo más práctico o lo más justo, sino que, simplemente, entendemos que el derecho de transformación y todas sus implicaciones han venido siendo erróneamente interpretadas hasta la fecha, por lo que quisimos reflejar cuál es el sentido real del TRLPI a nuestro juicio y tratar de abrir nuevamente las líneas de debate en este sentido. Así, en ningún momento hemos pretendido agotar la materia, sino que el objeto de estas páginas ha sido únicamente el de contribuir al estudio de un aspecto concreto de la propiedad intelectual desde un ángulo no habitual e invitamos a otros estudiosos a profundizar y a discutir nuevamente sobre el tema.

RELACIÓN DE TEXTOS JURISPRUDENCIALES CITADOS

ALEMANIA

- Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 26 de marzo de 1971(BGH GRUR 1971, 588, 589).

AMÉRICA LATINA

- Sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 3 de febrero de 1994. (Obra originaria y obra derivada)
- Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, Sala C, del 19 de septiembre de 1978. (Transformación y obra derivada)
- Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica, Sección I, de 3 de marzo de 2006 (Expediente 01-000611-0163-CA). (Uso de obra fotográfica sin autorización)

CANADÁ

- *Cuisenaire v. S.W. Imports, Ltd.*, [1969] S.C.R. 208, 211-212.

ESPAÑA:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1975. (Composiciones musicales – alteración).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1979. Referencia Aranzadi: [RJ 1979/1697]. (Plagio).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de febrero de 1984. Referencia Aranzadi: [RJ 1984/1129]. (Derecho de reproducción - plagio).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de diciembre de 1985. Referencia Aranzadi: [RJ 1985/6320]. (Caso Pablo Serrano - derechos morales – conexión artículos 20.1 y 33 de la Constitución).

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 1987. (Derechos morales – conexión artículos 20.1 y 33 de la Constitución).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de junio de 1991. (Derechos morales – conexión artículo 20.1 de la Constitución).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1992. (Derechos morales).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1302/1992 (Sala de lo Penal), de 4 de junio de 1992. Referencia Aranzadi: [RJ 1992\5446]. (Arreglos musicales).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 1992. Referencia La Ley: [12821/1992]. (Aspectos subjetivos y objetivos de la originalidad).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio 1993. Referencia Aranzadi: [RJ 1993\6164]. (Contenido del derecho de autor - comunicación pública habitaciones hotel).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1268/1993 (Sala de lo Civil), de 29 de diciembre de 1993. Referencia Aranzadi: [RJ 1993\10161]. (Traducción).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de julio de 1995. Referencia Aranzadi: [AC 1995\1378]. (Obras compuestas, colectivas y en coautoría).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 234/1996, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 1996. Referencia Aranzadi: [RJ 1996\2371]. (Artículo 20.1.b de la Constitución Española).
- Sentencia del Juzgado núm. 41 de Primera Instancia de Madrid, de 9 de mayo de 1996. (Parodia, Caso “Tengo una vaca lechera”).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 26 de noviembre de 1996. Referencia Aranzadi: [AC 1996\2211]. (Adaptación).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de octubre de 1997. (Bases de datos).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 79/1998 (Sección 1ª), de 31 de marzo de 1998. Referencia Aranzadi: [ARP 1998\2054]. (Transformación).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de junio de 1998. (Comunicación pública – habitaciones hotel).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Madrid de 8 de julio de 1998. (Javier Marías – Elías Querejeta, adaptación cinematográfica de obra literaria “Todas las almas”).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 30 de noviembre de 1998. (Parodia, Caso “Perfidia”).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 708/1998 (Sección 5ª), de 2 de diciembre de 1998. Referencia Aranzadi: [AC 1998\2303]. (*Fair use*).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de diciembre de 1998. Referencia Aranzadi: [AC/1998/2364]. (Derechos morales – conexión artículos 20.1 y 33 de la Constitución).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 25 de enero de 2000. Referencia Aranzadi: [AC 2000\669]. (Cable, satélite y grabaciones técnicas).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2000. Referencia Aranzadi: [AC 2000/134]. (Reconocimiento de la condición de autor).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de febrero de 2000. Referencia Aranzadi: [AC 2000/848]. (Integridad de la obra - Parodia “A la lima y al limón”).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de febrero de 2000, EGEDA, C-293/98. (Comunicación pública – habitaciones hotel – apreciación conforme derecho nacional).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 10 de marzo de 2000. Referencia Aranzadi: [AC2000\325]. (Originalidad derechos de autor vs. Novedad propiedad industrial).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de abril de 2000. Referencia Aranzadi: [AC 2000/5018]. (Originalidad).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 378/2000, (Sala de lo civil), de 14 de abril de 2000. Referencia Aranzadi: [RJ 2000\2565]. (Caricatura de personaje político).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2 de junio de 2000. (Obras en colaboración).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 738/2000, de 11 de julio de 2000. Referencia Aranzadi: [RJ 2000\4669]. (Obras compuestas, colectivas y en coautoría).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000. Referencia Aranzadi: [RJ 2000/6806]. (Contenido del derecho de autor).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª de 26 de septiembre de 2000. Referencia Aranzadi: [AC 2000\2447]. (Obra colectiva - Dominio Público).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 170/2001 (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2001. Referencia Aranzadi: [AC 2001/1543]. (Registro de Propiedad Intelectual no constitutivo de derecho – Derecho de transformación, adaptación).
- Sentencia núm. 1\2001 del Juzgado de Primera Instancia de Madrid (Núm. 13), de 24 de julio de 2001. Referencia Aranzadi: [AC 2001\1172]. (Protección jurídica de bases de datos).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1151/2001, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2001. Referencia Aranzadi: [RJ 2001\9801]. (Agotamiento del derecho de distribución).

- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, nº 10/2002, de 17 de enero de 2002. (Domicilio constitucional).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 1 de febrero de 2002. Referencia Aranzadi: [JUR 2002\112147]. (Arreglos Musicales).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) núm. 560/2002, de 2 de julio de 2002. Referencia Aranzadi: [AC 2002\2129]. (Sincronización).
- Sentencia núm. 562/2002 de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de julio. (Incapacidades).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 2002. (Comunicación pública – habitaciones hotel).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 28 de mayo de 2003. Referencia Aranzadi: [AC 2003/960]. (Caso Lara Croft – daños materiales y morales).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 381/2003 (Sección 5ª), de 30 de mayo de 2003. Referencia Aranzadi: [JUR 2003\229689]. (Crítica, derechos de imagen).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 357/2003, de 6 de octubre de 2003. Referencia Aranzadi: [AC 2004\41]. (Bases de datos originales v. sui generis).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 10 de octubre de 2003. Referencia Aranzadi: [AC 2003\1895]. (Parodia, Caso “Las Bardenas Reales”).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), de 13 de noviembre de 2003. Referencia Aranzadi: [JUR 2004\88888]. (Transformación/reproducción – digitalización de obras).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 26/2003 (Sección 14ª) de 23 de diciembre de 2003. Referencia Aranzadi: [JUR 2004\90140]. (Límites a los derechos de autor; cita e ilustración de la enseñanza).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 12/2004, de 9 de enero de 2004. Referencia Aranzadi: [JUR 2004\52542]. (Transformación e integridad obra - Popurríes).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 11 de febrero de 2004. Referencia Aranzadi: [AC 2004\1492]. (Sincronización - Obra compuesta).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 18 de febrero de 2004. Referencia Aranzadi: [AC 2004\832]. (Revisión - Colección).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 5 de marzo de 2004. Referencia Aranzadi: [AC 2004\479]. (Transformación – integridad de la obra).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), núm. 80/2004, de 8 de marzo de 2004. Referencia Aranzadi: [AC 2004\514]. (Bases de datos).
- Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2004. Referencia Aranzadi: [AC 2004\850]. (Compendios, resúmenes y extractos).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 6ª) núm. 356/2004, de 30 de junio de 2004. Referencia Aranzadi: [AC 2004\1146]. (Adaptación).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) núm. 571/2004, de 14 de septiembre de 2004. Referencia Aranzadi: [AC 2004 1796]. (Sincronización).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de mayo de 2005. (Divulgación).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, núm. 415/2005, de 30 de junio de 2005. Referencia Aranzadi: [AC 2005\1789]. (Obras derivadas).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 30 de junio de 2005. Referencia Aranzadi: [JUR 2007\227644]. (Límites a los derechos de autor - información y temas de actualidad).
- Sentencia del Tribunal Supremo número 185/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 7 de marzo de 2006. Referencia Aranzadi: [RJ 2006\1579]. (Caricatura).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 147/2006 (Sección 15), de 28 de marzo de 2006. Referencia Aranzadi: [AC 2006\1723]. (Límites a los derechos de autor - obras en la vía pública).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 197/2006 (Sección 1ª), de 15 de mayo de 2006. Referencia Aranzadi: [AC 2006\2092]. (Arreglos musicales).
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Madrid, de 12 de junio de 2006. Referencia Aranzadi: [JUR 2006\183319]. (Obras derivadas – derechos del autor de la obra preexistente).
- Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander, de 14 de julio de 2006. (Intercambio de archivos P2P).
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, de 4 de Octubre de 2006. Referencia Aranzadi: [JUR 2007\38863]. (Derecho de reproducción y derecho de transformación).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, núm. 2188/2006 (Sección 1ª), de 14 de noviembre de 2006. Referencia Aranzadi: [JUR 2006\277389]. (Propiedad especial).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 37/2007 (Sección 13), de 6 de febrero de 2007. (Derecho a la propia imagen).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 101/2007 (Sección 14), de 16 de febrero de 2007. Referencia Aranzadi: [JUR 2007\152650]. (Caricatura).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 108/2007 (Sección 13), de 26 de febrero de 2007. Referencia Aranzadi: [JUR 2007\151600]. (Límites a los derechos de autor – cita).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 267/2007 (Sección 21ª), de 16 de mayo de 2007. Referencia Aranzadi: [JUR 2007\200373]. (Derecho de acceso).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 629/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de junio de 2007. (Límites a los derechos de autor - copia privada).
- Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 5 de Madrid, número 110/08, de 4 de noviembre de 2008. (Derecho de transformación – bases de datos – ringtons o tonos de llamada).

ESTADOS UNIDOS:

- Jollie v. Jacques 13 F. Cass. 910 (C.C.N.Y. 1850).
- Baker v. Selden, 101 US 99 (1879); 17 U.S.C. 102 (b).
- Cooper v. James 213 F.871 (N.D.Ga. 1914).
- Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d. Cir. 1930).
- Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc., 104 F.2d 661 (2d Cir. 1939).
- Shapiro, Bernstein & Co. v. Miracle Record Co. 91 F. Supp. 473, 474 (N.D. 111. 1950).
- Northern Music Corp. v. King Record Distributing Co. 105 F. Supp. 393, 400 (S.D.N.Y. 1952).
- Warner Bros. Pictures, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 216, F.2d 945, 950 (9th Cir. 1954).
- Wihtol v. Wells 231 F.2d 550, 553-54 (7th Cir. 1956).
- McIntyre v. Double-A Music Corp. 166 F. Supp. 681 (S.D. Cal. 1958).
- Francis Day and Hunter vs. Bron [1963] 2 All E.R. 16 (C.A.); [1963] Ch. 587; [1963] 2 W.L.R 868; 107 S.J. 193.
- Walt Disney Productions v. Air Pirates [345 F. Supp. 108 (N.D. Cal. 1972), aff'd in part & rev'd in part, 581 F. 2d. 751 (9th Cir. 1978)].
- Walt Disney Productions v. Mature Pictures Corp., 389 F. Supp. 1397 (S.D.N.Y. 1975).
- L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder, 536 F.2d 486, 491 (2d Cir. 1976).
- Elsmere Music, Inc. v. Nacional Broadcasting Co., 482 F. Supp. 741 (S.D.N.Y.), aff'd, 623 F. 2d. 252 (2d. Cir. 1980)].
- Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. 499 U.S. 340 (1991).

- Rogers v. Koons 960 F.2d 301 (2d. Cir. 1992).
- Tempo Music, Inc. v. Famous Music Corp 838 F. Supp. 162 (S.D.N.Y. 1993).
- Campbell v. Acuff-Rose Music, United States Supreme Court, 510 U.S. 569 (1994).
- Woods v. Bourne Co. 60 F.3d 978 (2d Cir. 1995).
- Toys "R" Us v. Akkaoui, 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1836 (N.D. Cal. Oct. 29, 1996).
- Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA, Inc. [109 F. 3d. 1394 (9th Cir.), cert. dismissed, 118 S. Ct. 27 (1997)].
- Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., (1998 U.S. App. LEXIS 2693 (2nd Cir. Feb. 19, 1998).
- Suntrust v. Houghton Mifflin Co., 252 F. 3d 1165 (11th Cir. 2001).
- Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc., 296 F.3d 894, 901, 906-907 (9th Cir. 2002).
- Mattel v. Susanne Pitt, 229 F.Supp.2d 315, 321-22 (S.D.N.Y. 2002).
- Mattel, Inc. et al. v. Walking Mt. Productions, et al. (9th Cir. Dec. 29, 2003) 2003 U.S. App. LEXIS 26294.
- Warner Bros. Entertainment et al v. RDR Books et al (575 F.Supp.2d 513) [2008].

FRANCIA:

- Sentencia del Tribunal de Commerce de la Seine de 26 de agosto de 1886.
- Sentencia del Tribunal Civil de la Seine de 12 de junio de 1879.
- Sentencia de 13 de mayo de 1964, París: JCP 64, 13932.
- Sentencia de 27 de noviembre de 2001 de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación (SA Fiat auto France/Silas B.-G.).

REINO UNIDO:

- Caley & Son Ltd. v. Garnett & Sons Ltd [1936-1945] Mac. CC.
- Ladbroke Football Ltd. v. William Hill Football Ltd. [1964] 1WLR273.
- Twentieth Century Fox Film Corp v. Anglo-Amalgamated Film Distributors Ltd. The Times 22/1/1965, p. 17c; (1965).
- Hubbard v. Vosper [1972] 2 QB 84, 94.
- Express Newspapers v. Liverpool Daily Post and Echo plc [1983] FSR 306.
- Designers Guild v. Russell Williams, [2000] 1 W.L.R. 2416, 2423.

BIBLIOGRAFÍA

- **ABRAMSON, Elliot M.**, “How Much Copying Under Copyright: Contradictions, Parodies, Inconsistencies”, en 61 Temp. Law Review 133, 1988.
- **AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio**, *Estudio jurídico del plagio literario*, Comares, Granada, 2005.
- **ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (coord.)**, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1994.
- **ALONSO PALMA, Ángel Luis**, *Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006.
- **AMMENDOLA, M.**, “Commentario al art. 4, Legge 22 aprile 1941, n. 633”, en MARCHETTI, P. y UBERTAZZI, L.C. (coord.), *Commentario breve alla Legislazione sulla proprietà industriale e intellettuale*, Padova, 1987.
- **ANGUITA VILLANUEVA, Luis**, “Derechos fundamentales y propiedad intelectual”, en IGLESIAS REBOLLO, César (coord.), *Propiedad intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005.
- **ANSORENA, Luis De**, *Tratado de la Propiedad Intelectual en España*, Sáenz de Jubera Hermanos Editores, Madrid, 1894.
- **ANTEQUERA PARILLI, Ricardo**, *Base de datos de Jurisprudencia del CERLALC*, en <http://www.cerlalc.org/jurisprudencia>, Bogotá, 1997.
- *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, Tomo I, Santo Domingo, 2001.
- “La obra como objeto del Derecho de Autor”, en Documento elaborado para el II Curso Intensivo de Postgrado en Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Universidad de Buenos Aires (14 de julio al 1 de agosto de 2003).

- “Los límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.
- *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, REUS, Madrid, 2007.
- **ARENCIBIA RODRÍGUEZ, Lourdes**, “Reflexiones acerca de la traducción y la interpretación”, en Cuadernos H. Lingüística, Cuba, 1975.
- **BAIGORRI JALÓN, Jesús**, “Guerras, extremos, intérpretes” en MUÑOZ MARTÍN, Ricardo, *Actas del I Congreso Internacional de la Asociación Ibérica de Estudios de Traducción e Interpretación. Granada 12-14 febrero 2003*, AIETI, Vol. I, Granada, 2003.
- **BALMASEDA ARIAS-DÁVILA, Enrique**, “La obra audiovisual en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual”, en *Comentarios en torno al Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual*, AIC, nº 28, julio-septiembre, 1986.
- **BARNETT, Stephen R.**, “Evolución reciente de la Intellectual Property Law en los Estados Unidos”, traducción del inglés de Jaume Pellisé Y M^a Teresa Solanelles, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 231, 1999.
- **BAYLOS CORROZA, Hermenegildo**, *Tratado de Derecho Industrial (Propiedad industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1978.
- **BENTLY, Lionel y SHERMAN, Brad**, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, USA, 2001.
- **BERCOVITZ, Alberto**, “Presentación”, *La protección de las ideas*, Jornadas de Estudio de Sitges, octubre de 1992, ALAI, 1994.
- “Límites al derecho de autor”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005.
- **BERCOVITZ, Germán**, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.

- “La protección del diseño tras la Directiva 98/71/CE”, Revista PE.I, Bercal, Madrid, mayo-agosto de 2000.
- “Los derechos de explotación: Introducción” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- “Duración de los derechos de explotación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- “El derecho de reproducción” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- “Derecho de transformación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- “Parodia” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- “Reglas especiales en función del tipo de obra o la forma de divulgación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo**, “Derecho de autor y destrucción de la obra plástica”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, enero-marzo, 1986.
- “Sentencia del TSJ de Navarra de 4 de noviembre de 1996”, en CCJC-43, enero-marzo-1997.
- “Comentario al Artículo 10” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1era. Ed. 1989, y 2da. Ed. 1997.

- “Comentario al Artículo 11” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- “Comentario al Artículo 12” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- “Capítulo II: Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual” en BERCOVITZ, Rodrigo, GARROTE, Ignacio, GONZÁLEZ, Alfonso y SÁNCHEZ, Rafael, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al.**, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
 - *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- **BERCOVITZ, Rodrigo, GARROTE, Ignacio, GONZÁLEZ, Alfonso y SÁNCHEZ, Rafael**, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- **BOCANEGRA, Vanesa**, “Cine y Literatura”, ponencia en el Seminario Virtual, Cine y Literatura Fantástica. Esferas de la lectura, Fundación Alonso Quijano. Disponible en: <http://www.alonsoquijano.org/esferas>.
- **BONDÍA ROMÁN, Fernando**, *Propiedad Intelectual. Su Significado en la sociedad de la información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Trivium Editorial, Madrid, 1988.
 - “Propiedad privada y artículo 20.1.b) de la CE”, en V.V.A.A., *XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la constitución española*, Volumen I, Dirección general del servicio jurídico del Estado, Madrid, 1994.
 - “Comentario al artículo 1” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

- “Comentario al artículo 14” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 17” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 18” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 21” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Capítulo II: Límites” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 31” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 32” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 33” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 34” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 35” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

- “Comentario al artículo 37” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 38” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 40” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 41” en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Recientes reformas legales españolas en derecho de autor” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 371, diciembre de 1998.
- “Las artes escénicas y su configuración jurídica”, *RCDI*, Vol. 703, 2007.
- **BUGALLO MONTAÑO, Beatriz**, “Parodia de Marcas: En búsqueda de la ajustada aplicación del instituto”, en *Estudios de Propiedad Intelectual*, Talleres Gráficos Universitarios U.L.A., Mérida, 6-7 diciembre, 2004.
- **BUITRAGO LÓPEZ, Elker**, *Derecho Intelectual*, Ediciones del Profesional, Colombia, 2003.
- **CADARSO PALAU, Juan**, “Sobre algunos límites del derecho de reproducción: Reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado. La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducciones hechas por bibliotecas y entidades del género”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.
- **CAFFARENA LAPORTA, Jorge**, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por BERCOVITZ, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 1989.

- **CAINE, Michael**, *Actuando para el cine*, Pilot Ediciones, Biblioteca de actores 3, 2003.
- **CÁMARA, Pilar**, “Contenido del derecho moral del autor” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “El derecho a la paternidad” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “El derecho de acceso” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “El derecho de divulgación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “La duración del derecho moral” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- **CAPITANT, Henri**, *Vocabulario jurídico*, DePalma, Buenos Aires, 1981.
- **CARRASCO PERERA, Ángel**, “Comentario al Artículo 7” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- **CARRASCOSA LÓPEZ, V. (et. al.)**, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Comares, Granada, 2000.
- **CASAS VALLÉS, Ramón**, “La protección de los artistas plásticos en el Derecho español”, en el *Libro del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.
 - Prólogo a la obra de SOL MONTAÑOLA, Mario, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- “Obra arquitectónica y derecho de autor: el caso Calatrava”, Revista Pe.I. número 27, Bercal, Madrid, septiembre-diciembre 2007.
- **CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio**, “Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en Internet”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.
- **COPINGER y SKONE-JAMES**, *Copyright*, 13ª Ed., Londres, 1980.
- **CORNISH, W.R.**, *Intellectual Property Case Books, Copyright*, ESC Publishing Limited, Oxford, 1985.
- **COROMINAS, Joan**, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Madrid, 3ª Edición, Gredos, 1997.
- **COLOMBET, Claude**, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, UNESCO: CINDOC, Madrid, 1997.
- *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 8ª Ed., Dalloz, París, 1997.
- **CRAWFORD, Tad y MURRAY, Kay**, *The Writer's Legal Guide: An Author's Guild Desk Reference*, Allworth Press, New York, 2002.
- **DAGITZ, M.**, “Trademark Parodies and Free Speech: An Expansion of Parodist's First Amendment Rights in *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*”, en *Iowa L. Rev.*, Vol. 73, nº 4, Iowa, 1988.
- **DANVILA Y COLLADO, Manuel**, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882.
- **DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo**, “Comentario al artículo 35”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- **DELGADO PORRAS, Antonio**, “La nueva ley española sobre propiedad intelectual”, en RIDA 138, 1988.
- “Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual” en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005.

- **DENTITH, Simon**, *Parody*, Routledge, Londres y Nueva York, 2000.
- **DE OLIVEIRA ASCENSAO, José**, *Parecer sobre a proposta de Lei N.º 108/IX – Transposição da Directiva N.º 2001/29, de 22 de Maio*, ADPI, Lisboa, 2004.
- **DE ROMÁN PÉREZ, Raquel**, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, REUS, Madrid, 2003.
 - “Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor”, en *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005.
 - “La ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales y religiosos”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites a los derechos de autor*, REUS, Madrid, 2006.
- **DE SÁ E MELO, Alberto**, “Bases de dados. A tutela jurídica europeia” en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, REUS, Madrid, 1999.
- **DE SANCTIS, V.**, voz: “Autore (diritto di)”, en *Enc. Dir.*, T. IV, Giuffrè Editore, Varese, 1959.
- **DÍAZ ALABART, Silvia**, “Comentario al artículo 39” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
 - “Comentario al artículo 39 de la Ley de Propiedad Intelectual” en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, Vol. 4º A, Edersa, Madrid, 1994.
- **DIETZ, Adolf**, *El derecho de autor en la Comunidad Europea*, edición española, Ministerio de Cultura, Madrid, 1983.
 - *El derecho de autor en España y Portugal*, traducción de LÓPEZ SÁEZ, R. Eugenio, Ministerio de Cultura, Madrid, 1992.
- **DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio**, *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 1982.

- **DONALDSON, Michael C.**, *Clearance & Copyright: everything you need to know for film and television*, Silman-James Press, California, 2008.
 - “The legal community: Intellectual Property: Parody, satire and jokes”, Metropolitan News Enterprise, 29 de enero de 2009.
- **DRAHOS, Peter**, *A philosophy of intellectual property*, Darmouth Publishing Group, Sydney, 1996.
- **ÉCIJA BERNAL, Hugo (director) et. al.**, *Libro Blanco del Audiovisual: Cómo producir, distribuir y financiar una obra audiovisual*, Écija & Asociados Abogados, Ed. Exportfilm, Madrid, 2000.
- **EMERY, Miguel A.**, *Propiedad Intelectual*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- **ENCABO VERA, Miguel**, “Las obras multimedia”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*, REUS, Madrid, 1999.
- **ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos**, “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, en Revista de Propiedad Intelectual, núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999.
 - *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002.
 - “El derecho de comunicación pública” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “La doctrina del fair use y la regla de los tres pasos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- **ESPÍN, Eduardo**, “Lección 12: Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información” en LÓPEZ, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCÍA, Joaquín, PÉREZ, Pablo, SATRÚSTEGUI, Miguel, *Derecho Constitucional – Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

- **ESPÍN ALBA, Isabel**, “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*”, REUS, Madrid, 2006.
- **ESPÍN CÁNOVAS, Diego**, *Fundamento y protección del derecho de autor en las obras de arte*, Discurso de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1995.
 - *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996.
 - “Sanción civil y penal del plagio”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Número 31, Madrid, 2005.
- **ESTEVE PARDO, M^a Asunción**, “El abuso de derecho, el fraude de ley y la contratación de derechos de autor de los creadores visuales”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*, Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2005.
- **FABIANI, Mario**, *Il diritto d'autore nella giurisprudenza*, 2da. Edición, Padova, Cedam, 1972.
 - “La protezione giuridica della parodia con particolare riferimento a resenti orientamenti di giuristi stranieri”, en RIDA, 1985.
- **FAYOS GARDÓ, Antonio**, “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Indret* n° 4/2007, Barcelona, 2007.
- **FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos**, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.
- **FRANÇON, A.**, “Questions de droit d’auteur relatives aux parodies el productions similaires”, en *Le droit d’auteur*, Vol. 101, 1988.
- **GALÁN CORONA, Eduardo**, “Comentario al artículo 3”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.

- **GARBAJO GASCÓN, F.**, “Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultural. Su adaptación al entorno digital”, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo XXIV, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- **GARON, Jon M.**, *The Independent Filmmaker’s Law and Business Guide: Financing, Shooting and Distributing Independent and Digital Films*, Chicago Review Press, Chicago, 2002.
- **GARROTE, Ignacio**, *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2003.
- **GEHRING, Wes D.**, *Parody as a Film Genre: ‘Never Give a Saga an Even Break’*, Greenwood Press, 1999.
- **GENDREAU, Ysolde**, “Las excepciones de cita y parodia. El derecho de adaptación”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008.
- **GENETTE, Gerard**, *Palimpsestos. La literatura en segundo grado*, traducción castellana de FERNÁNDEZ PRIETO, Celia, Taurus, Madrid, 1989.
- **GIMENO, Luis**, “Parody of songs: a Spanish case and an international perspective”, en *Entertainment Law Review*, 1997.
- **GÓMEZ PERALS, Miguel**, *La cesión de uso de los programas de ordenador*, COLEX, Madrid, 1999.
- **GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, Antonio**, *El derecho de autor en la Unión Europea*, Fundación Autor, Madrid, 2006.
- **GÓMEZ SEGADE, José A. y BOUZA, Miguel A.**, “Videojuegos: Algunos problemas de Derecho de autor”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001.
- **GÓNGORA, Francisco**, *Manual de la Propiedad Intelectual*, Madrid, 1926.
- **GONZÁLEZ GORDON, María**, “Unida en la diversidad: Independencia, compatibilidad y acumulación de lo intelectual y lo industrial”, en IGLESIAS

- REBOLLO, César (coord.), *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005.
- **GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso**, “La noción de obra audiovisual en el derecho de autor”, en *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 7/2001, Bercal, Madrid, enero-abril de 2001.
 - “El uso de secuencias audiovisuales ajenas en los programas de televisión”, en *Revista del Poder Judicial* núm. 70, 2003.
 - **GONZÁLEZ LÓPEZ, M.**, *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
 - **GREDLEY, Ellen y SPYROS, Maniatis**, “Parody: A Fatal Attraction? Part I: The Nature of Parody and its Treatment in Copyright”, *EIPR*, N°7, 1997.
 - **HARRIES, Dan**, *Film Parody*, British Film Institute, Londres, 2000.
 - **HART, Tina, FAZZANI, Linda y CLARK, Simon**, *Intellectual Property Law*, Palgrave MacMillan, Gran Bretaña, 2006.
 - **HARVEY, Edwin R.**, *Legislación cultural de los países americanos*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
 - *Derecho cultural latinoamericano. Centroamérica, México y Caribe*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
 - *Derecho de autor. Legislación argentina, países del MERCOSUR y normas internacionales*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
 - **HEALD, Paul J.**, “Reviving the Rhetoric of the Public Interest: Choir Directors, Copy Machines, and new arrangements of public domain music”, en *Duke Law Journal*, Volume 46, n° 2, 46 DUKE L.J. 241, 1996.
 - **HEFTI, Ernst**, *Die Parodie im Urheberrecht*, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1977.
 - **HERCE DE LA PRADA, Vicente**, *El Derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.

- **HOFFMAN, Barbara**, “Fair use of digital arts images and Academia: A view from the trenches of the conference on fair use”, en V.V.A.A., *Copyright and fair use: The great image debate*, Routledge, 1997.
- **HOUSEHOLDER, Fred**, “ΠΑΡΩΔΙΑ”, en *Journal of Classical Philology*, Vol. 39, N° 1, Enero, 1944.
- **HUTCHEON, Linda**, “Ironie, satire, parodie. Une approche pragmatique de l’ironie”, en *Poétique*, № 46, 1981.
 - *A theory of parody: The teachings of twentieth-century art forms*, University of Illinois Press, 2000.
- **IGLESIAS REBOLLO, César (coord.)**, *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005.
- **ÍÑIGUEZ BARRENA, Francisca**, *La parodia dramática, naturaleza y técnica*, Universidad de Sevilla, 1995.
- **JAMESON, Fredric**, “Postmodernism, or the cultural logic of late capitalism”, en *New Left Review* 146, 1984.
- **JIMÉNEZ, Àngels**, “Acceso a información periodística a través de servicios de press clipping” [on line], “Hipertext.net”, <<http://www.hipertext.net>> [Consulta: 26/06/2007], ISSN 1695-5498, núm. 1, 2003.
- **JUFRESA PALAU, F.**, “El fundamento constitucional del derecho de autor”, en *La Ley*, 1988.
- **KITCHIN, George**, *A Survey of Burlesque and Parody in English*, Oliver and Boyd, Edinburgh, 1931.
- **KRASILOVSKY, William, SHEMEL, Sidney y GROSS, John**, *This business of music: The Definitive Guide to the Music Industry*, 9na edición, Billboard Books, Nueva York, 2003.
- **KRASSNER, Paul**, “A Case History of the Disneyland Memorial Orgy Poster.” *Against the Grain: Mad Artist Wallace Wood*, TwoMorrows Publishing, 2003.

- **LACRUZ BERDEJO**, José Luis, *Prólogo*, en BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual. Su Significado en la sociedad de la información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Trivium Editorial, Madrid, 1988.
 - *Elementos de Derecho Civil. Derechos reales. Volumen primero, 3ª parte. Bienes Inmateriales*, BOSCH, Barcelona, 1989.
 - “Comentario al artículo 2”, en RODRÍGUEZ BERCOVITZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- **LACRUZ MANTECÓN, Miguel**, “Las máquinas de entretener, o cómo se hace el derecho de autor”, en IGLESIAS REBOLLO, César (coord.), *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, REUS, Madrid, 2005.
- **LANDES, William y POSNER, Richard**, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard College, 2003, (*La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*), Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006.
- **LARSON, Gary**, *The Far Side Gallery 3*, Andrews and McMeel, Kansas City, 1988.
- **LASARTE ÁLVAREZ, C.**, *Principios de Derecho Civil*, T. IV, Propiedad y Derechos Reales, Trivium, Madrid, 1996.
- **LATORRE, Virgilio**, *Protección Penal del Derecho de Autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- **LELIÈVRE, F.**, “The Basis of Ancient Parody”, *Greece and Rome*, Series 2, ½, Junio de 1954.
- **LEVIN, Bob**, *The Pirates and the Mouse. Disney’s war against counterculture*, Fantagraphics Books, Seattle, 2003.

- **LIPSZYC, Delia**, “La protección de las obras literarias y la política cultural del libro”, en el libro-memorias del IV Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales, Guatemala, 1989.
 - *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Francia, 1993.
 - *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, París, 2004.
 - “La excepción para fines de parodia”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008.
- **LIPSZYC, Delia, UCHTENHAGEN, Ulrich y VILLALBA, Carlos**, *La protección del derecho de autor en el sistema interamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- **LLEDÓ YAGUE, F.**, “Comentario al artículo 31”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989.
 - “Comentario al artículo 32”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989.
- **LÓPEZ, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCÍA, Joaquín, PÉREZ, Pablo y SATRÚSTEGUI, Miguel**, *Derecho Constitucional – Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- **LÓPEZ DE HARO, R.**, “El jus usus innocui”, en *Revista de Derecho Privado*, España, enero de 1920.
- **LÓPEZ QUIROGA, Julio**, *La propiedad intelectual en España*, Madrid, 1918.
- **LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina**, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008.
- **LUCAS, André**, “Derecho de autor y libertad de expresión”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008.

- **MACHADO TORRES, Olga**, “Desarrollo histórico del derecho de autor en la traducción”, ACIMED, Cuba, 2001.
- **MARCHETTI, P. y UBERTAZZI, L.C. (coord.)**, *Commentario breve alla Legislazione sulla proprietà industriale e intellettuale*, Padova, 1987.
- **MARCIANI BURGOS, Betzabé y SOLÓRZANO, Raúl**, “La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 57, Lima, 2005.
- **MARCO MOLINA, Juana**, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- **MARÍN LÓPEZ, Juan José**, *El conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- **MARIZCURRENA ORONOZ, Martín**, “Curso de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos y su protección en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma”, Materiales del Curso: *Límites al ejercicio de los derechos: En general; En el Convenio de Berna*, Ciudad de Panamá, 21-28 de febrero de 1994.
- **MARKIEWICZ, N.**, “On the Definitions of Literary Parody”, en *To Honour Roman Jacobson. Essays on the Occasion of his 70th Birthday*, Vol. 2, Paris, The Hague, 1967.
- **MARTÍN SALAMANCA, Sara**, “Comentario al artículo 31”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
 - “Comentario al artículo 32”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
 - “Comentario al artículo 34”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

- “Comentario al artículo 36”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- “Comentario al artículo 37”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- “Comentario al artículo 39”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- **MCLEOD, Kembrew**, *Freedom of expression: Overzealous copyright bozos and other enemies of creativity*, Random House, USA, 2005.
- **MEDIANO CORTÉS, Santiago**, Lecciones de cátedra impartidas en la 1era. Edición del Master en Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III de Madrid, 2003-2004.
- **MESTMÄCKER, E. J. y SCHULZE, E.**, *Kommentar zum deutschen Urheberrecht (23)*, band 1, München, 1996.
- **MEYER-BISCH, Patrice (coord.)**, *Les droits culturels. Projet de déclaration*, UNESCO, Francia, 1999.
- **MONTEAGUDO, Montiano**, *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995.
- **MUÑOZ MARTÍN, Ricardo**, *Actas del I Congreso Internacional de la Asociación Ibérica de Estudios de Traducción e Interpretación. Granada 12-14 febrero 2003*, AIETI, Vol. I, Granada, 2003.
- **MUSSATTI**, “La parodia e il diritto d’autore”, en *Riv. Dir. Comm.*, vol. VII, Italia, 1909.
- **NAVAS NAVARRO, Susana**, “Utilización de trabajos y artículos pronunciados en público o difundidos por los medios de comunicación social. Autorizaciones y remuneraciones”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.

- **NIMMER, Melville B. (et. al.)**, *Cases and materials on Copyright and other aspects of entertainment litigation including unfair competition, defamation and privacy*, LexisNexis, Los Angeles, 2004.
- **NUNNENKAMP, Kenneth**, “Musical parody: derivative use or fair use?”, en *Loyola Entertainment Law Journal*, 7, 1987.
- **NUÑEZ IGLESIAS, Álvaro**, *Comunidad e indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- **OKEDIJI, Ruth L.**, *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*, ICTSD y UNCTAD, Ginebra, 2006.
- **OLLERO TASSARA, A.**, “Entre creación y propiedad. El problemático carácter de ‘fundamental’ de los derechos de autor’ en V.V.A.A., *X Jornadas de estudio: Introducción a los derechos fundamentales*, Volumen I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988.
- **ORTEGA DOMÉNECH, Jorge**, *Obra plástica y derechos de autor*, REUS, Madrid, 2000.
- **OTERO LASTRES, J.**, “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978”, en *La Ley*, 1986.
- **PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel**, “Comentarios a los artículos 428 y 429 CC”, en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1995.
- **PERDICES HUETOS, Antonio B.**, “La muerte juega al Gin Rummy (La Parodia en el derecho de autor y de marcas)”, en *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 3/1999, Bercal, Madrid, Septiembre – Diciembre, 1999.
- **PÉREZ CUESTA, E.**, “Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor”, *RDP*, abril de 1981.

- **PÉREZ DE CASTRO, Nazareth**, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, REUS, Madrid, 2001.
 - “Remakes de películas y autores de la versión original” en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001.
 - “Inédito y divulgación. Paternidad. Integridad de la obra. Obras Musicales, publicidad y derecho de los autores. Obras audiovisuales, cortes y páginas de crédito. El coloreado de películas en blanco y negro”, en *Entorno a los derechos morales de los creadores*, REUS, Madrid, 2003.
 - “Las obras cinematográficas como obras en colaboración”, en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y autoría*, REUS, Madrid, 2004.
- **PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, Carmen**, *Derecho de Autor: La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, 1993.
 - “Comentario al artículo 36” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- **PICÓN, Fernando**, “El trabajo del actor”, en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y autoría*, REUS, Madrid, 2004.
- **PLAZA PENADES, Javier**, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de octubre de 1992”, en RGD, núm. 583, 1993.
 - *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- **POSNER, Richard A.**, “When is Parody Fair Use?”, en *Journal of Legal Studies*, Vol. XXI, 1992.
- **PUEO, Juan Carlos**, *Los reflejos en juego [Una teoría de la parodia]*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- **QUAEDVLIEG, Antoon**, “Four spicy dilemmas for literary parody”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008.

- **RAGEL SÁNCHEZ, Luis**, “Compositores, intérpretes y ejecutantes de la música en el cine”, en ROGEL VIDE, Carlos, *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001.
- **RAMS ALBESA, Joaquín**, “Comentario al artículo 14 de la LPI”, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*”, dirigidos por ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Tomo V. Vol. 4º, Edersa, Madrid, 1994.
 - “Autorización para emitir una obra y límites que aquella conlleva para los derechos de autor. Transmisión por cable, incorporación a programas dirigidos hacia un satélite, registro de la obra”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.
- **RECODER, María José y CID, Pilar**, “Traducción y documentación: cooperar para difundir la información” [online] “Hipertext.net”, <<http://www.hipertext.net>> [Consulta: 26/06/2007]. ISSN 1695-5498, Núm. 1, 2003.
- **RENAUD, J. G.**, *Droit d’auteur et contrat d’adaptation*, Bruselas, 1955.
- **RENGIFO GARCÍA, Ernesto**, *Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003
- **RIBERA BLANES, Begoña**, *El derecho de reproducción del autor y sus límites*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Alicante, 2002.
- **RISTICH DE GROOTE**, “Los personajes en las obras del ingenio, el enfoque del Derecho francés”, *Revista Internacional de Derechos de Autor (RIDA)*, núm. 130, octubre de 1986.
- **RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco**, “Comentario al Artículo 17” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
 - “Comentario al Artículo 21” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

- “Interpretación y obra derivada” en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, REUS, Madrid, 2004.
- **RODRÍGUEZ, Namphi**, *Elementos de Derecho de la Información*, Prensa y Derecho, Santo Domingo, República Dominicana, 2004.
- **RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel**, “Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, ADC, 1988.
- voz: “Derecho de distribución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995.
- “Comentario al artículo 9”, en BONDÍA ROMÁN y RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 10”, en BONDÍA ROMÁN y RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 11”, en BONDÍA ROMÁN y RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 12”, en BONDÍA ROMÁN y RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 20”, en BONDÍA ROMÁN y RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 36”, en BONDÍA ROMÁN y RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al artículo 39”, en BONDÍA ROMÁN y RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario al Artículo 8” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- “Comentario al Artículo 9” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

- “Los derechos del usuario legítimo de bases de datos y de programas de ordenador”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.
- “Comentario al artículo 40”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- “Comentario al artículo 40 bis”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- “Comentario al artículo 89”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- **RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coord.)**, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- **RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDÍA ROMÁN, F.**, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- **ROGEL VIDE, Carlos**, “Comentario al artículo 12 LPI”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Edersa, Madrid, 1994.
- “De los límites a las infracciones del derecho de autor en España”, en *Estudios sobre propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 1995.
- *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, REUS, Madrid, 2003.
- **ROGEL VIDE, Carlos (coord.)**, *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 1999.
- *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, REUS, Madrid, 2001.
- *En torno a los derechos morales de los creadores*, REUS, Madrid, 2003.
- *Interpretación y autoría*, REUS, Madrid, 2004.
- *Los límites del Derecho de Autor*, REUS, Madrid, 2006.
- **ROSE, Margaret A.**, *Parody // Meta-Fiction. An Analysis of Parody as a Critical Mirror to the Writing and Reception of Fiction*, Londres, 1979.

- *Parody: Ancient, Modern and Post-modern*, Cambridge University Press, 1993.
- **SAIZ GARCÍA, Concepción**, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- **SALVADOR CODERCH, Pablo**, *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- **SÁNCHEZ ARISTI, Rafael**, “Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual”, *Revista Pe.I.*, número 4, Bercal, Madrid, enero-abril 2000.
- *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005.
- **SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe**, *Estudios de Derecho Civil*, Tomo Tercero, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900.
- **SANDERS, Julie**, *Adaptation and Appropriation (The New Critical Idiom)*, Routledge, Nueva York, 2006.
- **SANTOYO, Julio César**, *Teoría y crítica de la traducción. Antología*, Bellaterra: Universidad de Barcelona, 1987.
- “La biblioteca de Babel: Traducción y permeabilidad transcultural”, en *Hieronymus Complutensis* N°1 Enero-Junio, Universidad de León, 1995.
- **SATANOWSKY, Isidro**, *Derecho intelectual*, TEA, Buenos Aires, 1954.
- **SCHMIDT, André**, “L’Application jurisprudentielle de la loi du 11 mars 1957”, *RIDA*, 1975.
- **SCHROEDEL, Mona**, “You must be joking: Parody and the Law”, en *Fair Copy Newsletter*, Issue 9, Manches, Londres, 2008.
- **SCHUSTER VERGARA, Santiago**, “El derecho de autor y la publicidad (su situación en las legislaciones de los países de Latinoamérica)”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Tomo II, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.

- **SEGER, Linda**, *The Art of Adaptation: Turning Fact and Fiction into Film*, Owl Books, New York 1992; traducción al castellano: *El arte de la adaptación: Cómo convertir hechos y ficciones en películas*, Rialp, Madrid, 1993.
- **SELTZER, Leon E.**, *Exemptions and Fair Use in Copyright. The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1978.
- **SERRANO FERNÁNDEZ, María**, “Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del artículo 35.2 TRLPI”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.
- **SERRANO GÓMEZ, Eduardo**, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000.
- **SHAUGHNESSY, R. J.**, “Trademark Parody: a Fair Use and First Amendment Analysis”, en *Virginia Law Review*, Vol. 72, Nº 6, Septiembre de 1986.
- **SHERMAN, Brad y STROWEL, Alain**, *Of authors and origins. Essays on Copyright Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- **SOL MONTAÑOLA, Mario**, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- **SPITZ, B.**, “Derecho de autor, copyright y parodia, o el mito del uso legal”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur*, núm. 204, 2005.
- **SUÁREZ LOZANO, C.**, *Aproximación al Derecho del Audiovisual*, EGEDA y Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1995.
- **SUTHERSANEN, Uma**, “El derecho de autor como motor de la libertad de expresión: Una perspectiva inglesa”, en *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI del 19-20 junio, 2006*, Huygens, Barcelona, 2008.
- **VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio**, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000.
- **VALLS GORINA, M.** *Diccionario de la música*, Alianza, Madrid, 1993.

- **VATTIER FUENZALIDA, C.**, “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, ADC, julio-septiembre, 1993.
- **VÁZQUEZ LÓPEZ, Víctor**, “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, REUS, Madrid, 2006.
- **VEGA VEGA, Antonio**, “Nuevas Tecnologías y protección de la propiedad intelectual”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.) *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*”, REUS, Madrid, 1999.
- **VENTURA VENTURA, José Manuel**, *La edición de obras musicales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- **VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia**, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- **VOORHOOF, Dirk**, “Freedom of expression, parody, copyright, and trademarks”, en http://www.alai-usa.org/2001_conference/pres_voorhoof.doc, [Consulta: 22/10/2007], Congreso de ALAI, New York, junio de 2001.
- **V.V.A.A.**, *Copyright and fair use: The great image debate*, Routledge, 1997.
- **V.V.A.A.**, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21^a Edición, Madrid, 1992.
- **V.V.A.A.**, *Enciclopedia Microsoft® Encarta® Online 2007* disponible en <http://es.encarta.msn.com>.
- **V.V.A.A.**, *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978.
- **V.V.A.A.**, *Glosario de derechos de autor y Derechos conexos*, OMPI, Ginebra, 1980.
- **V.V.A.A.**, *Oxford English Dictionary*, 2da. Edición, vol. 11, 1989.
- **V.V.A.A.**, *X Jornadas de estudio: Introducción a los derechos fundamentales*, Volumen I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988.

- **V.V.A.A.**, *XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la constitución española*, Volumen I, Dirección general del servicio jurídico del Estado, Madrid, 1994.
- **WANT, Robert**, *Harry Potter and the Order of the Court: The J.K. Rowling Copyright Case and the Question of Fair Use*”, Nationcourts.com, 2008.
- **WINSLOW, Anastasia**, “Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody and Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.”, en *Southern California Law Review*, Vol. 69, nº 2, enero, 1996.
- **XALABARDER, Raquel**, “Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en Internet”, en Revista Pe.I., número 29, BERCAL, mayo-agosto de 2008.
- **YANKWICH, Leon R.**, “Parody and burlesque in the law of copyright”, en *Canadian Bar Review*, vol. 33, 1955.
- **YONOVER, Geri J.**, “The precarious balance: moral rights, parody and fair use”, en *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 14, 1996.
- **ZARROUK, Mourad**, “Microhistoria e historia de la traducción”, SENDEBAR, Revista de la FTI, Nº 17, 2006.