



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2017/2018

Convocatoria de septiembre

“LA ORIGINALIDAD EN EL DERECHO DE AUTOR”

The originality in copyright

Realizado por el alumno Aldo Hernández Hernández

Tutorizado por el profesor Carlos Trujillo Cabrera

Departamento de Derecho Civil

Área de conocimiento: Derecho Civil

Índice

1. Aspectos previos	5
1.1 Requisitos del derecho de propiedad intelectual.....	9
1.1.1 El carácter artístico, literario o científico de la obra.....	9
1.1.2 El requisito de la exteriorización.....	11
1.1.3 La originalidad como requisito.....	12
2. La originalidad en el derecho de autor.....	12
2.1. Los criterios de originalidad subjetiva y la novedad objetiva.....	12
2.2. Otros criterios.....	16
2.2.1 Originalidad entendida como creación intelectual propia del autor.....	16
2.2.2 La originalidad en la forma de expresión de las ideas	18
2.2.3 La originalidad en la forma de ordenación de las ideas	21
3. Obras derivadas y originalidad.....	24
3.1. Transformaciones idóneas para crear una obra derivada	26
3.2. Descomposiciones, manipulaciones y nuevas construcciones: las obras recicladas....	28
4. La parodia	31
4.1. Características de la parodia.....	33
4.1.1 La obra como objeto de parodia	34
4.1.2 Relación intertextual antitemática con la obra parodiada.....	34
4.1.3 Finalidad humorística o burlesca	35
4.2. Obra derivada de la obra parodiada	35
4.3. La parodia como límite a los derechos de propiedad intelectual.....	36
4.3.1.1 Que la parodia no implique riesgo de confusión con la obra parodiada.....	37

4.3.1.2	Que la parodia no infiera daño a la obra o a su autor.....	38
5.	Los límites a la propiedad intelectual	39
5.1.	El sistema europeo de límites	41
5.1.1.	La regla de los tres pasos	43
5.2.	La doctrina del fair use	46
5.2.1	El caso Blanch contra Koons.....	47
5.2.2.	El caso Salinger	50
5.2.3.	Consideraciones finales sobre la doctrina del fair use	54
6.	Conclusiones.....	56

Resumen

El presente texto trata, como su título indica, sobre la originalidad en el ámbito del derecho de autor. En primer lugar, nos referimos, a modo de introducción al derecho de autor en general y a originalidad como requisito para que una obra sea cubierta por el mismo. A continuación, se analiza precisamente la originalidad como concepto, atendiendo los diferentes criterios que se han dado para definirla. Seguidamente, se pasa a dar luz a dos aspectos del derecho de propiedad intelectual en los que la originalidad juega un papel determinante: las obras derivadas y la parodia. Posteriormente procedo a comentar los sistemas de límites al derecho de autor, refiriéndome tanto al sistema europeo de límites como a la doctrina anglosajona del *fair use*. Finalmente, se concluye formulando unas breves consideraciones sobre lo planteado.

Abstract

This text deals, as its title indicates, with originality in the field of copyright. In the first place we refer, as an introduction to copyright in general and originality as a requirement for a work to be covered by it. Next, originality is analyzed precisely as a concept, taking into account the different criteria that have been given to define it. Subsequently, we will begin to shed light on two aspects of intellectual property rights in which originality plays a decisive role: derivative works and parody. Later I proceed to comment on the limits of copyright systems, referring both to the European system of limits and to the Anglo-Saxon doctrine of fair use. Finally, it is concluded by formulating a few brief considerations on what was proposed.

La originalidad en el derecho de autor

1. Aspectos previos

Si bien el tema de este texto es, como su título indica, la originalidad en el derecho de autor, no podemos abordar esta cuestión sin antes hacer una referencia previa al derecho de autor. En este sentido, debemos partir del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual señala lo siguiente: “la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el mero hecho de su creación”. En realidad, lo más correcto sería decir que el derecho del autor nace por el mero hecho de la creación; es decir, que la obra literaria corresponde al autor por haberla creado, junto con los derechos derivados de la misma.

Pero estas creaciones a las que aquí nos estamos refiriendo han de ser necesariamente “originales”, tal y como establece el artículo 10.1 TRLPI: “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”.

Por tanto, una vez producido el hecho de la creación original, el Derecho de forma automática concede al autor una serie de derechos morales y de explotación, de la misma manera en que el derecho se limita únicamente a reconocer la muerte o nacimiento de una persona y a atribuirle unas determinadas consecuencias jurídicas. Es interesante señalar que el nacimiento de estos derechos ocurre con independencia de la voluntad de autor. En este sentido, señala PÉREZ DE ONTIVERO que “al considerarse la creación como un hecho jurídico, lo relevante jurídicamente no va a ser esta voluntad, sino la creación misma, aunque al autor al crear la obra no sea capaz de consentir por ser menor, estar loco, borracho, drogado, etc. Por tanto, para ser autor basta crear, sin exigencia de capacidad específica para la realización de este acto, ya que en muchas ocasiones la

incapacidad para obrar no coincide con la ineptitud de la mente para la creación de una obra de ingenio”¹.

Debe tenerse en cuenta también que la protección puede prodigarse de cualquier creación que cumpla los requisitos y condiciones a las que ahora nos referiremos, independientemente de su mayor o menor calidad literaria, artística o científica. Así, reciben la misma protección una ópera que una canción de música ligera, o un cuadro de arte moderno que uno de arte contemporáneo, y ello en tanto que la TRLPI se abstiene de realizar ponderaciones subjetivas de cualquier tipo sobre la calidad de las diferentes creaciones.

Por otro lado, también del art.1 TRLPI se desprende que para que una creación intelectual sea objeto de protección de los derechos de autor no es necesario el cumplimiento de ningún requisito formal. Por tanto, no se exige la inscripción de la obra que se trate en el Registro de la Propiedad Intelectual para que se produzca el nacimiento de dichos derechos, ya que la misma tiene un carácter meramente declarativo, tal y como ha venido defendiendo la doctrina. Incluso desde la LPI de 1879, de cuya redacción parecía deducirse lo contrario, los juristas ya se posicionaban en contra, siendo muy significativa la opinión de LÓPEZ QUIROGA, que señalaba que “el autor no puede dejar de serlo, cumpla o no con los requisitos de la legislación; podrá no adquirir ni gozar de los beneficios que esta le conceda, pero aun estando la obra en el dominio público siempre habrá que referirse a la persona que la creó”².

En definitiva, el hecho de la creación, como especifica el art. 1 TRLPI, es el único modo de adquisición de los denominados derechos de autor, y supone, además, la atribución originaria de los mismos. De esta manera, la creación supone la adquisición en primer lugar por parte del autor de los derechos morales y patrimoniales. Naturalmente, estos

¹ PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, C., *Derecho de autor: La facultad de divulgación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 148 y 149.

² LÓPEZ QUIROGA, J., *La propiedad intelectual en España*, Librería General de Victoriano Suárez, 1918, pág. 18

últimos pueden ser cedidos con posterioridad a terceras personas, pero el derecho moral tendrá como titular residual al autor, debido a su carácter irrenunciable e intransmisible³.

Pero a efectos del nacimiento y la adquisición originaria de los derechos de autor no es suficiente el hecho de la creación para que una obra goce de protección, sino que es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos que vienen dados por la conexión existente entre los artículos 1 y 10 TRLPI: que la creación sea original; que la misma tenga carácter literario, artístico o científico, y que la obra se exteriorice de una determinada forma.

Una cuestión interesante que se ha planteado es la relativa a la expresión “creación” utilizada en los artículos 1 y 10 TRLPI, que puede ser entendida y empleada de dos maneras diferentes: bien como actividad o aquella conducta humana dirigida a la generación de la creación individual, o bien como objeto o resultado final sobre el que recae los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, se plantea entonces una duda en cuanto al momento en que nace la obra intelectual: ¿Existe una separación entre la actividad de creación y el resultado, como ha llegado a defender el Tribunal Supremo⁴, o no existe dicha separación o es imposible de delimitar en la práctica jurídica? Se nos presentan entonces dos posibles respuestas: entender que la actividad de creación y el resultado en que se materializa son realidades distintas, como declara la sentencia citada,

³ PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, C., *Derecho de autor: La facultad de divulgación*, op.cit., pág. 141.

⁴ “Considerando que el derecho que se alega como perjudicado en este caso, se pone en relación con el artículo veinte de la Constitución, apartado uno, letra b), a cuyo tenor “se reconocen y protegen los derechos... a la producción y creación artística”, precepto que está incluido en la Sección primera (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas), del Capítulo segundo (Derechos y libertades) del Título primero (De los derechos y deberes fundamentales); siendo de observar que lo que se consagra como fundamental, es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y, conlleva la necesidad de la exteriorización, puesto que se crea o produce arte, para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho en favor de aquéllos a los que se exterioriza -público, adquiriente, receptores- el primero de los cuales tiene por objeto un “bien inmaterial”, mientras que en el segundo es un “bien material”. STS 1688/1985, de 9 de diciembre de 1985.

o entender que estamos ante una única realidad, la obra intelectual como resultado final de la actividad de creación.

Si partimos de la primera opción, nos encontramos con una situación en la que los derechos de autor no han nacido hasta que la obra quede totalmente concluida. Llegar a esta conclusión supone numerosos problemas: ¿Se quedarían sin protección alguna durante su creación las obras cuyo proceso de producción se prolongase durante meses y años? ¿Cuándo se determina que una obra está objetivamente terminada?

Si por el contrario partimos de la idea de que entre actividad y resultado de creación no existe separación posible, sino que la actividad creadora se plasma en un resultado inmediato y constante⁵, el derecho de autor no nace cuando la creación está totalmente terminada, sino que puede nacer en cualquier fase o momento del proceso de creación, teniendo en cuenta el hecho de que esa obra inacabada ha de poder ser considerada “original”.

En opinión de PLAZA PENADÉS, de las dos soluciones posibles parece más acorde con la letra y el espíritu de la Ley entender que la actividad de creación se manifiesta en un resultado concreto y constante, siendo imposible deslindar uno de otro; lo cual supone que en el momento en que una obra literaria, artística o científica adquiera el grado de originalidad, con independencia de que dicha obra esté o no totalmente terminada, será protegible por el derecho de autor. A esta solución se llega, además, en virtud de una interpretación literal del artículo 10 TRLPI. Allí se otorga protección a los ensayos o bocetos de las obras plásticas. Está claro que aquí no estamos ante una obra terminada, sino ante una “creación original” con sustantividad propia, manifestación de la actividad creadora de su autor y digna de la consiguiente tutela jurídica por poseer el carácter de “original”⁶.

⁵ PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, C., *Derecho de autor: La facultad de divulgación*, op.cit., pág. 141.

⁶ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador” en PALAU RAMÍREZ, F. (dir) y PALAO MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, págs. 31 a 33.

Puede concluirse, entonces, que la propiedad intelectual no nace específicamente sobre obras intelectuales terminadas, sino sobre creaciones literarias, artísticas o científicas, siempre que las mismas sean originales, independientemente del momento o fase de su elaboración en el que se encuentren.

1.1 Requisitos del derecho de propiedad intelectual

1.1.1 El carácter literario, artístico o científico de la obra.

Según el artículo 1 TRLPI, al igual que el 10 TRLPI, o el artículo 20.1.b de la Constitución Española, toda creación que pretenda gozar de la protección de los derechos de autor debe poseer carácter “literario, artístico o científico”. Esta exigencia tiene una doble utilidad, ya que no sólo sirve para determinar qué obras se protegen por el derecho de autor, sino también para concretar en qué supuestos están excluidos de protección de derechos de autor las obras. Así, por ejemplo, quedan fuera del campo del derecho de autor las llamadas creaciones de carácter técnico, como las invenciones patentables.

Sin embargo, el concepto de carácter literario, artístico o científico se ha flexibilizado o desnaturalizado en los últimos tiempos⁷, para incluir obras asimiladas a las literarias, artísticas o científicas; tales como los programas de ordenador o las bases de datos.

Respecto de los programas de ordenador, el artículo 1.1. de la Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo de 1991, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 16/1993, dispone que “los estados miembros protegerán mediante derechos de autor los programas de

⁷ “La definición del art. 10.1 LPI puede considerarse clásica al establecer que “son objeto de la propiedad intelectual todas las creaciones literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”, así como el título de la obra cuando sea también original (art. 10.2). Una obra intelectual es pues, tan solo una forma creada por el autor y susceptible de ser encuadrada dentro de los límites elásticos de los géneros literario, artístico o científico— que es así mismo literario— pero no se extiende al contenido ni a las ideas utilizadas en la creación, las cuales, según afirmación corriente, son patrimonio de la humanidad, por ser apropiables por cualquiera; en consecuencia, para que la obra exista basta que esta forma sea un producto del trabajo creador realizado por el hombre, que pertenezca a los géneros mencionados, con independencia de su valor, mérito, estilo, destino o utilidad, y que se exprese o comunique al exterior, aunque no se divulgue art. 4, por cualquier medio conocido o por conocer”. VATTIER FUENZALIDA, C., “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre., 1993, pág. 1057.

ordenador como obras literarias tal y como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas”.

En ese sentido hay que entender el artículo 95 TRLPI, según el cual el régimen jurídico aplicable a los programas de ordenador es el previsto en el Título VII, y en lo no previsto se regirá por las disposiciones de la presente Ley, refiriéndose a las disposiciones relativas al derecho de autor.

Respecto de las bases de datos, el art. 3.1 de la Directiva 96/6/CEE de 11 de marzo de 1, dispone que “las bases de datos que por la selección o por la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor, estarán protegidas como tal creación por los derechos de autor”. Este precepto se complementa con el artículo 1.2 de la citada Directiva, según el cual por bases de datos hay que entender “las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática y metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.”

Las bases se consideran, pues, obras de colección y son tuteladas por el derecho de autor si cumplen los requisitos establecidos en el artículo 12 TRLPI, con independencia de la existencia de un derecho *sui generis* que tutele la utilización del contenido de la base de datos, cuando la elaboración de la misma haya supuesto un importante esfuerzo y trabajo para su autor, atendiendo a lo establecido en los artículos 133 y ss. TRLPI⁸.

Por último, el artículo 10 TRLPI extiende también su protección al título de la obra, si es original. Si bien el título se protege, tal y como se deduce de una interpretación literal, no de forma aislada, sino como “parte de la obra”

1.1.2 El requisito de la exteriorización.

La creación, como resultado de una actividad, debe materializarse y exteriorizarse. Es decir, adquirir corporalidad para poder ser así percibida y apreciada por el resto de seres

⁸ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., págs. 33 y 34.

humanos. Esto exige que la creación se plasme y esté contenida en un determinado soporte corpóreo, como podría ser el papel, la partitura o el lienzo; o bien en un soporte incorpóreo, como el sonido de instrumentos musicales o la voz, siendo dicho soporte el vehículo en el que la obra se concreta y queda impresa, haciéndose determinable y reconocible para los demás.⁹

Esta exigencia de exteriorización y concreción de la creación deriva del hecho que los derechos de autor no protegen ideas desnudas sino la forma de expresión de las ideas. De ahí que sea necesario delimitar y conocer en qué concreta forma se ha expresado la idea.

Además, el hecho de que la obra intelectual se exteriorice en un medio tangible explica una distinción ya clásica en la doctrina que ayuda enormemente a comprender cuál es el objeto de protección del derecho de autor y la naturaleza inmaterial de éste; me refiero a la distinción entre la obra intelectual en sí o “*corpus mysticum*” y el soporte en el que se exterioriza la creación o “*corpus mechanicum*”. El derecho de autor protege la obra intelectual en sí, el *corpus mysticum*, mientras que el soporte en el que se exterioriza la misma o *corpus mechanicum* confiere a su titular un derecho de propiedad ordinaria. En palabras del jurista italiano Tullio Ascarelli, “la contraposición entre lo que la doctrina llama a veces, el *corpus mysticum* y lo que conoce como *corpus mechanicum*, entre la creación individual y su material exteriorización, es evidente. Ninguna creación intelectual puede ser percibida independientemente de una exteriorización material en cosas o energías, pero de todos modos se contrapone a ellas, las trasciende. Es precisamente la posibilidad brindada por la técnica de una multiplicidad de exteriorizaciones fungibles de una misma creación intelectual, la que ha venido acentuando el alcance de la distinción, imponiendo así la necesidad de una disciplina especial de la creación intelectual, independientemente de la disciplina del derecho común relativa a sus materiales exteriorizaciones”¹⁰. De ahí que el artículo. 3.1 TRLPI señale que los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la

⁹ ROGEL VIDE, C., “Comentarios al artículo 10 LPI”, Ed. Edersa, Madrid, 1994, pág. 212.

¹⁰ ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzione de diritto industriale*, Trad. por VERDADERA E., y SUÁREZ-LLANOS, L., Ed. Bosch, Barcelona, 1970, págs. 631 y ss.

propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material que está incorporada en la creación intelectual.

1.1.3 La originalidad como requisito

El derecho de autor, como ya se ha señalado, no nace simplemente desde el momento en que la obra está totalmente concluida, sino que nace desde el momento en el que la creación adquiere el grado de original, siendo irrelevante el hecho de que la obra esté o no totalmente terminada.

2. La originalidad en el derecho de autor.

Cuando una creación literaria, artística o científica alcanza el grado de original es cuando deviene protegible, desde un punto de vista legal, por las disposiciones relativas al derecho de autor.

De esta manera, la originalidad no sólo es un requisito legal de protección, sino una exigencia necesaria para el nacimiento de los derechos de autor, tal y como se deduce de los artículos 1 y 10 TRLPI, como ya hemos señalado.

Sin embargo, aportar un concepto de creación original capaz de trascender las peculiaridades de cada tipo de obra y a los diversos significados que tiene dicha expresión, tanto en el lenguaje ordinario como en el jurídico ha sido una tarea difícil para la doctrina, y precisamente en esa cuestión se centra el presente texto.

2.1. Los criterios de originalidad subjetiva y la novedad objetiva.

Uno de los pilares sobre los que se ha asentado el concepto de originalidad, al menos en los países del continente europeo, ha tomado como base la distinción existente entre originalidad y novedad. La originalidad es el requisito legal para que una creación resulte protegible por las disposiciones del derecho de autor, tal y como se desprende del art. 10 TRLPI, mientras que la novedad es el requisito que la ley exige a las invenciones, y en menor medida en los modelos de utilidad y en las denominadas creaciones técnicas, junto con la “altura inventiva” y la “aplicabilidad industrial”, para que dichas creaciones puedan ser patentadas.

Además, si en el texto de la Ley de Propiedad Intelectual no existe ningún precepto que defina qué debe entenderse por originalidad, la Ley de patentes sí contiene una definición legal de novedad en su artículo 6.1, donde establece que “se considera que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica”. El estado de la técnica comprende todo aquello que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización, o por cualquier otro medio.

Como puede observarse, el concepto de novedad es mucho más estricto y restringido que el concepto de originalidad. Basta con pensar qué ocurriría si la Ley de Propiedad Intelectual exigiese el requisito de la novedad para proteger las obras: no podrían protegerse casi ninguna por existir con anterioridad alguna modalidad de la misma. De hecho, esa circunstancia determinó que los programas de ordenador no se protegiesen por la legislación de patentes, puesto que en tal caso sólo se hubiese podido tutelar el primer programa de ordenador, siempre que cumpliese los correspondientes requisitos, pero no el segundo o sucesivos, ya que éstos no serían ninguna creación novedosa puesto que crear un programa de ordenador ya estaría comprendido en el estado de la técnica.

Por tanto, para proteger los distintos tipos o clases de programas de ordenador, como, en general, para tutelar las distintas creaciones intelectuales, se revela más adecuado e idóneo el concepto de originalidad.¹¹

Tomando como base esta distinción entre originalidad y novedad, la doctrina europea trató de perfilar un concepto de originalidad. De esta manera, COLOMBET señala que la originalidad es la piedra de toque en materia de derecho de autor, y debe ser contrapuesta a la novedad, que es el concepto fundamental en el que se basa la propiedad industrial. La originalidad se aprecia subjetivamente, pues es la marca de la personalidad

¹¹ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., págs. 36 y 37.

resultante del esfuerzo creador, mientras que la novedad se mide objetivamente, puesto que se da cuando una creación carecía con anterioridad de homóloga.¹²

Esa ha sido, además, la línea seguida en la jurisprudencia francesa, que concibe la originalidad como “un esfuerzo intelectual individualizado” o “una aportación personal del autor”, exigiéndose de esa manera algo más allá de la mera o simple creación¹³. Por tanto, desde esta perspectiva, si la creación posee alguno de esos caracteres, será protegible por las disposiciones del derecho de autor.

En definitiva, mientras la originalidad es el requisito legal que se exige por la legislación de los derechos de autor, tiene un sentido subjetivo, como manifestación de los rasgos personales de su autor, la novedad, que es el requisito que se exige en la Ley de Patentes, tiene un significado objetivo¹⁴, como realidad no existente con anterioridad a su creación, o como creación no comprendida hasta ese momento en el estado de la técnica.

Esta teoría fue recibida, si bien de un modo un tanto confuso, por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia 7962/1992, de 26 de octubre de 1992. En dicha sentencia se enjuiciaba si podían considerarse “creación original” unas piezas de joyería consistentes en unas simples manos.

Así, tras admitir que las piezas de joyería, al igual que las obras de orfebrería o bisutería, con base en el artículo 10.1.g TRLPI son creaciones intelectuales, protegibles por el derecho de autor, siempre que sean “originales”, el Tribunal Supremo añadió que “la originalidad”, puede ser tanto subjetiva como objetiva, bastando con probar que en la obra intelectual concurre al menos una de ellas. Así pues, no es necesario que confluyan ambas

¹² COLOMBET. C., *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé*, 2ª ed., Litec y UNESCO, París, 1992, pág. 12.

¹³ STROWEL, A., *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences*, ed. Emyle Bruylant, Bruselas y París, 1993, págs., 403 y ss.

¹⁴ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, y disciplina de la competencia desleal*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 533 y ss.

clases de originalidad en la creación, sino que basta con acreditar la existencia de una de ellas.

Con todo, la trascendencia de esta sentencia radica en la definición y distinción que el Tribunal Supremo hace de obra original en sentido subjetivo y en sentido objetivo.

Originalidad en sentido subjetivo sería, según el Tribunal Supremo, aquella que “refleja la personalidad del autor” o “responden a un esfuerzo creativo de su autor”. Se deben poner pues en conexión con esta acepción de originalidad con la utilizada por la doctrina francesa, que concebía la originalidad como “un esfuerzo intelectual individualizado” o “una aportación personal del autor”, como antes se señaló, y que ha sido la seguida mayoritariamente en nuestro país.

Por su parte, la originalidad en sentido objetivo, en palabras textuales del Tribunal Supremo, se equipara a la novedad objetiva. Por tanto, y según la STS de 26 de octubre de 1992, una obra es original cuando supone un esfuerzo o aportación personal de su autor, o posee algunos rasgos de la personalidad del mismo que la individualizan, en el caso de la originalidad entendida en un sentido subjetivo, o cuando es una obra novedosa, si enfocamos la originalidad desde una óptica objetiva.

Es evidente que la expresión “originalidad objetiva” no debe identificarse con el concepto jurídico de novedad que se emplea en la Ley de Patentes, ya que este último es muy específico y restringido. De ahí que la expresión “novedad objetiva” aplicada a las obras intelectuales deba de entenderse en un sentido más amplio, tal y como se utiliza dicha expresión en el lenguaje ordinario. Es decir, entender que una obra intelectual es novedosa cuando no se haya creado ninguna obra similar con anterioridad. La cuestión que cabría plantearse aquí es qué es “similar”: ¿serían únicamente, desde esta perspectiva, objetivamente originales las creaciones que dan lugar a un nuevo género artístico, como podría ser *Don Quijote* de Cervantes, considerada como la primera novela moderna; o quizás lo serían aquellas obras que contasen con elementos inmensamente rompedores y rupturistas con lo visto hasta entonces, como *Ulises* de James Joyce?

De todos modos, y aunque no se puede negar que la obra novedosa en el sentido ahora indicado necesariamente ha de ser original, resulta criticable, en opinión de PLAZA

PENADÉS, identificar “originalidad objetiva” con “novedad”, puesto que la originalidad tiene un alcance más amplio que la novedad, ya que abarca también a las obras originales que fruto de la creación espontánea no sean novedosas, por existir con anterioridad una obra similar, aunque distinta. Esa identificación supondría una injustificada reducción del concepto legal “original” utilizado en la normativa de los derechos de autor¹⁵.

Pero, además, el criterio de la originalidad subjetiva, entendida como “esfuerzo intelectual que se concreta en una aportación personal del autor”, o “cuando se trata de una creación intelectual propia de su autor” tampoco ha estado exento de crítica por la doctrina¹⁶, ya que resulta inocuo y poco clarificador, pues, en el fondo, toda creación intelectual supone un mínimo de esfuerzo personal por su autor. Así, de aplicarse este criterio con carácter general, resultaría que todas las obras intelectuales deberían tutelarse por el ordenamiento, quedando, en consecuencia, vacío de contenido el concepto de originalidad.

Todo esto justifica, en opinión de PLAZA PENADÉS, la necesidad de buscar otros criterios que completen o complementen el concepto de originalidad y permitan cuantificar el grado de esfuerzo creador o de aportación personal del autor que se requiere para que una obra intelectual pueda ser considerada como original y gozar de la debida protección¹⁷. Nos referimos ahora a esos criterios.

2.2. Otros criterios de originalidad.

2.2.1 Originalidad entendida como creación intelectual propia del autor

¹⁵ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., págs. 38 y 39.

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios al artículo 10 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 208 a 211.

¹⁷ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., págs. 39.

Una de las acepciones de la palabra original en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia española es la de “obra científica, artística o literaria, o de cualquier otro género que resulta de la inventiva de su autor”.

Pues bien, PLAZA PENADÉS señala que este significado ha tenido una gran aceptación en nuestros tribunales¹⁸, y además, por vía de Directiva Comunitaria ha llegado a nuestro Derecho alguna manifestación específica del mismo, como ocurre, por ejemplo, con los programas de ordenador, ya que el artículo 95.2 TRLPI establece que “el programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor”, o con las bases de datos, puesto que el artículo 12.1 TRLPI, cuyo contenido resulta de la transposición de la Directiva de 11 de marzo de 1996, dispone que “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.”.

PLAZA PENADÉS apunta que esta concepción de originalidad podría ofrecer una gran ventaja a efectos de prueba, ya que bastaría con demostrar que la obra se elaboró desconociendo o no reproduciendo una obra preexistente con la que pudiera existir un cierto grado de similitud, para que dicha creación resultase protegible¹⁹. En relación con lo aquí expuesto, resulta muy interesante señalar el caso de la icónica canción “*My Sweet Lord*”, de George Harrison. La canción del miembro de los Beatles resultó ser una recreación casi exacta y en apariencia inconsciente de un single anterior del grupo The Chiffons, “*He´s so fine*”, que había sido compuesta años antes por Ronald Mack. Lo curioso del caso es que Harrison fue condenado por plagio inconsciente, provocado por un ataque de “criptomnesia”, una alteración de la memoria que impide reconocer los

¹⁸ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., pág. 40.

¹⁹ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., pág. 40.

recuerdos como tales, de manera que se presentan como ideas o pensamientos propios²⁰. Nos encontramos así con un caso en el que el autor fue condenado por plagio, aun cuando desconocía la obra que inconscientemente copió, lo que contrasta gravemente con lo expresado por el autor.

Pero esta solución no está exenta de problemas si se pretende hacer valer como criterio general, ya que todas las creaciones intelectuales que no fuesen copias o imitación resultarían, acreditando esa sola circunstancia, protegidas por el derecho de autor, quedando así vacío de sentido y de contenido el criterio de originalidad. Además, esta concepción de originalidad conlleva, para PLAZA PENADÉS, una cierta confusión entre los conceptos de creación y originalidad, ya que la obra elaborada mediante copia o imitación servil de otra obra preexistente no solo carece del requisito de originalidad, sino que ni tan siquiera constituye una creación²¹.

2.2.2 La originalidad en la forma de expresión de las ideas

De lo anterior se deduce la necesidad de aportar una serie de criterios o argumentos que completen el concepto de originalidad como creación propia o personal del autor. Criterios que deben ser objetivos, en el sentido de que deben tener su fundamento en las características y postulados básicos y propios del derecho de autor, así como resultar aplicables, con carácter general, a cualquier clase de obra intelectual.

Así, es coincidencia unánime, como señalaremos a continuación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que el derecho de autor no puede proteger en sí las ideas contenidas en una obra intelectual, puesto que las mismas son de libre utilización.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo ha venido defendiendo desde la Sentencia de 25 de abril de 1900 que “para que las ideas puedan constituir objeto de propiedad intelectual a las que le sea aplicable las disposiciones del dominio es menester que

²⁰ MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, en TORRES RIPA, J. (coord) y GÓMEZ HERNÁNDEZ (coord), *El copyright en cuestión*, Ed. Deusto, Bilbao, 2011, pág. 49.

²¹ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., pág. 40.

concurran circunstancias especiales, que son las tenidas en cuenta por la Ley de Propiedad Intelectual, sin que fuera de ellas sea de estimar la apropiación de ideas, ya que por su propia naturaleza, cuando no concurren determinados requisitos, no se puede conceptuar que ninguna sea derivación exclusiva de un solo entendimiento, consistiendo en esto la razón de la expresada ley”²².

En idénticos términos se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de noviembre de 1903, cuando dijo que “según doctrina del Tribunal Supremo, consignada en Sentencia de 25 de abril de 1900, para que las ideas constituyan propiedad privativa a las que le sean aplicables las disposiciones legales reguladoras del dominio, es preciso que se hayan manifestado en alguna de las formas de que hace expresión la Ley especial de 10 de enero de 1879, sin que fuera de ellas pueda constituir materias de apropiación, tanto por la carencia de precepto legal que lo disponga cuanto por que la naturaleza y conexiones de la inteligencia impliquen que el mero pensamiento no contenido en moldes expresados dentro de la Ley de Propiedad Intelectual tenga que ser atribuido a un solo individuo con las condiciones y de manera necesaria para constituir, en la esfera coercitiva del derecho, objeto que pueda ser, consiguientemente, de reivindicación o de indemnización”²³.

Por tanto, lo que se protege, en realidad, no son las ideas contenidas en una obra, sino la forma en que se expresan y se exteriorizan esas ideas. La propiedad intelectual no tiene por objeto pensamientos o ideas, puesto que las mismas son inapropiables, siendo de todos y perteneciendo a la colectividad. En ese sentido se ha pronunciado también la doctrina, pudiendo destacar a SÁNCHEZ ROMÁN, que argumenta lo siguiente: “En suma, reconocemos que las ideas no pueden apropiarse por ser de todos una vez emitidas, por pertenecer a la sociedad como producto de las generaciones que pasaron, posesión de las presentes y forzoso legado de las del porvenir. Pero los términos del problema no

²² DÍEZ-PICAZO, L., Estudios sobre jurisprudencia civil, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 192 y ss.

²³ ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., Código civil, jurisprudencia y legislación, Ed. Trivium, Madrid, 1993, pág. 721.

son esos: jamás un autor ha dicho le pertenezcan para su solo disfrute intelectual las ideas emitidas en su obra; de lo que aquí se trata es de la propiedad de a copia y del libro, del derecho de reproducción y multiplicación de ejemplares, de la materialización de las ideas mediante una forma determinada, principalmente si esta es permanente como la escrita, litografiada, impresa, etc., pues así es como ordinariamente se manifiesta en la realidad de la vida. Es decir: que las ideas no son de nadie, sino de quien las dice como nadie”²⁴.

Todo esto pone de manifiesto, y a esta conclusión ha llegado la doctrina, que el sentido y finalidad general del Derecho de autor es proteger la forma en que se han expresado las ideas, pero no el contenido material de las mismas²⁵.

Además de protegerse las ideas mediante un derecho exclusivo sobre su uso, se llegaría un momento en que estas no podrían ser utilizadas, ya que alguien detentaría un monopolio sobre ellas. Esta misma argumentación subyace en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992, sobre las piezas de joyería, cuando se dice que “la excesiva simplicidad y reducido tamaño de las manos y figuras humanas incorporadas a collares, cadenas, pulseras, sortijas... no pueden ser objeto de propiedad intelectual, so pena de establecer un monopolio sobre la utilización de esos motivos decorativos en favor de quien obtuviese a su favor la repetida protección”²⁶.

En definitiva, la excesiva simplicidad de la creación hace que esta, en opinión de PLAZA PENADÉS, no pueda ni deba ser protegida a través del Derecho de autor, no solo porque impediría a cualquier tercero realizar durante un período de 70 años *post mortem auctoris* cualquier clase de obra similar, sino porque, en el fondo, lo que existe es una imposibilidad de disociación entre la idea y la forma de expresión de las ideas; es decir,

²⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho civil, común y foral*, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra., Madrid, 1926, págs. 335 y 336.

²⁵ PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, C., *Derecho de autor: La facultad de divulgación*, op.cit., pág. 146; ROGEL VIDE, C., “Comentarios al artículo 10 LPI”, op.cit., pág. 210; STROWEL, A., *Droit d’auteur et copyright. Divergences et convergences*, op.cit., págs., 413 y ss.

²⁶ STS 7972/1992, de 26 de octubre de 1992.

si dicha creación fuese protegida por el derecho de autor, nadie podría utilizar esa idea, ya que no existiría otra forma de expresarla. Sería, en definitiva, como proteger la idea misma, lo cual, como se ha visto, resulta incompatible con los fundamentos del Derecho de autor.

Todo ello permite sostener al autor que únicamente puede existir originalidad cuando una idea puede ser expresada de distintos modos o formas y el autor la exterioriza y expresa en una concreta forma de entre las posibles. Es decir, si una idea es posible expresarla de distintos modos o formas y un autor la expresa de un modo determinado, esa concreta forma de expresión será original y, por consiguiente, protegible como derecho de autor. Pero PLAZA PENADÉS señala, que en el hipotético caso de que una idea solo pudiera ser expresada de una única forma, el ordenamiento no podría tutelar dicha creación, ya que impediría a otros autores utilizarla durante un período de 70 *post mortem auctoris*²⁷. En ese mismo sentido, pero utilizando otras palabras, dice ARRABAL que “la originalidad es el concepto más importante de la propiedad artística e implica intervención de la mente humana para crear algo que no es evidente ni natural”²⁸.

2.2.3 La originalidad en la forma de ordenación de las ideas

Junto a la originalidad que se proyecta sobre la forma de expresión también puede defenderse que existe en las obras intelectuales otra originalidad digna de tutela jurídica, derivada no tanto de la forma de expresión de las ideas como de la forma de ordenación de las mismas o de los distintos materiales que integran la obra de una manera peculiar y *sui generis*; tal y como ha admitido implícitamente en nuestro país la Sentencia de 7 de junio de 1995. En dicha sentencia se determina que un sencillo “cuaderno de problemas para la enseñanza es una obra original, si bien su originalidad no es grande ni en lo científico, ni en lo artístico, ni en lo literario, pero el conjunto es original en tanto realización material compleja de varios elementos” y, en consecuencia, “la originalidad

²⁷ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., pág. 43.

²⁸ ARRABAL, P., Manual práctico de propiedad intelectual e industrial, Ed. Gestión 2000, Barcelona, 1991, pág. 80.

de los cuadernos estriba precisamente en la estructura y presentación de esos conocimientos”²⁹.

Igualmente, y en atención a lo dicho anteriormente, para que una obra intelectual pueda ser protegida a través del derecho de autor, deben existir varias formas o modos de ordenar tales hechos, datos o ideas, y el autor ha de haber procedido a tal ordenación en una concreta forma de las varias posibles, que será la que el ordenamiento jurídico tutelar.

Si bien las obras de colección o compilación, como las bases de datos pueden ser protegidas por la normativa de propiedad intelectual con base en otros criterios, como el sentado en los Estados Unidos en el caso *Feist Publication Inc. v. Rural Telephone Service Co. Inc.* de 27 de marzo de 1991³⁰ donde el Tribunal Supremo matiza y completa la teoría de que el copyright protege obras que suponen un esfuerzo creador de su autor, en el sentido de que han sido realizadas u obtenidas con el trabajo del autor.

Se trataba en concreto de determinar si Rural Telephone Service tenía el copyright sobre una serie de direcciones que se contenían en su Anuario y que habían sido reproducidas por Feist Publication en su Guía de Páginas Blancas.

Pues bien, el Tribunal Supremo, con base en el art. 102 b de la Copyright Act, según el cual la protección del copyright no se puede extender en ningún caso a todo proceso, idea, sistema, modo de operar, concepto, principio o descubrimiento, sienta un principio fundamental y universal según el cual el derecho de autor no puede obtener un copyright sobre las ideas o sobre los hechos que relata. Podemos observar entonces como se consagra el principio de dicotomía idea-expresión o hecho expresión, aplicado a su vez a las obras de colección o compilación.

²⁹ STS 563/1995 de 7 de junio de 1995.

³⁰ *Feist Publications, Inc v Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1990), recogido en *BNA's Patent, Trademark and Copyright Journal*, 1991, pág. 454, y comentado por STROWEL, A., *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences*, op.cit., págs., 448 y ss.

Es interesante referirnos en este punto a la “*spin-off theory*” o “teoría de la segregación”, que parte de la distinción que puede hacerse entre las bases de datos *sole source*, que serían aquellas que suponen la única fuente de información en una materia, y las bases de datos *spin off* son productos derivados que se crean gracias a la recopilación de datos y materiales preexistentes. Son este último tipo de bases las que dan nombre a la teoría del spin-off, según la cual los productos derivados de las bases de datos no estarían protegidos y solo podrían obtener ingresos para amortizar las inversiones sustanciales realizadas. Para definir el significado de “inversión sustancial” la teoría distingue entre la inversión para crear nuevos datos y la inversión para obtener datos ya existentes. Cuando los datos son creados como resultado de una actividad económica, como la organización de partidos de fútbol o de servicios telefónicos, los costes asociados a la creación no constituyen una inversión sustancial, sino únicamente aquellos que hayan sido destinados a la producción de la base de datos. A partir de esa distinción, se rechazaría la protección *sui generis* sobre los medios empleados antes, o en el mismo momento, de la creación de información para la constitución de una base de datos. En cualquier caso, el TJUE deja claro que para determinar si una inversión es sustancial habrá que acudir al caso concreto. Ejemplos concretos de la aplicación de esta teoría por parte de los tribunales europeos son la STJUE de 29 de abril de 2004, C-418/01, *IMS Health GmbH*, o la STJUE de 8 de junio de 2004, C-46/02. *Fixtures Marketing Ltd vs. Oy Veikkaus Ab*³¹.

Además, las dos clases de originalidad, en la forma de expresión y en la forma de ordenación de las ideas, pueden confluír obviamente en una misma obra. Esto puede apreciarse claramente, por ejemplo, en una obra literaria o científica, ya que una vez escrito el primer párrafo existe un resultado que, de ser original, resulta protegible por el derecho de autor. Nadie puede apoderarse de ese “primer párrafo”, ni modificarlo, ni atribuirse la autoría, ni publicarlo o explotarlo sin consentimiento del autor. Pero, además, el conjunto de esa obra literaria o científica es una concatenación u ordenación de ideas.

³¹ GARCÍA MIRETE, C.M., *La adaptación de las bases de datos electrónicas internacionales al principio de territorialidad* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2012, págs. 33, 58 y 115.

Así pues, la forma de seleccionar o de enlazar hechos, datos o ideas también puede ser original y, por tanto, deberá gozar de la debida protección a través del derecho de autor.

Sin embargo, en determinadas clases de obra, por su propia naturaleza, solo puede darse la originalidad en la forma de ordenación de las ideas. Tal es el caso de las obras contempladas en el artículo 12 TRLPI, según el cual “también son objeto de propiedad intelectual, en los términos de la presente Ley, las colecciones de obra ajenas como las antologías y las de otros elementos o datos que por su selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos de los autores de las obras originales”.

En ese sentido, el art. 3.1 de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos dice lo siguiente: “las bases de datos que por la selección o disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor”.

Por tanto, la originalidad en las obras de colección se proyecta en la forma de recopilar o de ordenar los datos, ya sea en su selección o en su disposición, con independencia de que el propio contenido de dichas bases sea o no, a su vez, protegible por la legislación relativa a los derechos de autor³².

3. Obras derivadas y originalidad

El Libro Primero del TRLPI protege obras originales intelectuales independientemente del grado de originalidad que presenten y, dentro de las mismas, también la obra derivada. Prueba de ello es que todos los ordenamientos jurídicos, sin excepción, reconocen la protección de la obra original resultante de la transformación de otra preexistente. En este sentido, el artículo 11 TRLPI señala: “Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1.º Las traducciones y adaptaciones. 2.º Las revisiones, actualizaciones y anotaciones. 3.º Los

³² PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador”, op.cit., pág. 43 y ss.

compendios, resúmenes y extractos. 4.º Los arreglos musicales. 5.º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.”

La obra derivada presenta un menor grado de originalidad respecto de la obra originaria por dos razones: la primera, de índole material, porque depende ontológicamente de aquella. La segunda, de índole subjetiva, porque el autor de la obra derivada se mueve dentro de un margen de libertad creativa mucho más estrecho. Ello determina que la actividad que puede desarrollar el autor sobre la obra originaria debe ceñirse a una transformación que conserve su forma expresiva de manera que, incluso una vez transformada, sea perfectamente identificable. En caso contrario, cuando en la obra derivada no resulte reconocible la obra primigenia, estaremos ante una mera inspiración que, al igual que las ideas, debe ser libre.

Además, la actividad a ella conducente debe revestir carácter creativo e intelectual. Si la transformación es fruto exclusivamente del funcionamiento de una máquina, de un programa de ordenador, de un agente natural, del azar, de una actividad meramente técnica, aun cuando se hubiera realizado con mucha pericia, etc., el resultado no podrá calificarse como obra derivada, de la misma manera que las creaciones que surgiesen directamente de esas fuentes no podrían considerarse tampoco obras originales. Se tratará de una simple modificación no protegible por el Libro Primero del TRLPI sobre la cual no existirá más titular de derecho de autor que el que lo fuere de la obra preexistente.

Al consistir una obra derivada en una transformación de una obra preexistente de la que deriva otra obra original, SAÍZ GARCÍA apunta que en este caso estamos ante lo que puede denominarse una creación independiente. En consecuencia, el autor de la obra originaria debe autorizar, en primer lugar, la transformación de su obra cediendo el pertinente derecho, según lo establecido en el art. 21 TRLPI, y a continuación, la cesión de los derechos que sean necesarios para su explotación en el contexto de la obra derivada pues, en caso contrario, la explotación vulneraría el derecho de autor del titular de la obra primigenia.

A diferencia de la obra compuesta o de la misma parodia, la obra derivada no exige que la transformación sea realizada por una persona diferente del autor de la obra originaria. No obstante, es evidente, que tratándose de la misma persona no entraría en juego el régimen de las obras compuestas³³.

Actualmente, son frecuentes las licencias voluntarias de tipo Creative Commons. Mediante este tipo de licencia, el autor permite o no la creación de obras derivadas a través de la utilización de un determinado símbolo. Cuando la obra derivada venga acompañada de dicho símbolo, significa que la autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada. Si no lo incluye, se entiende que se permite. No observar tal circunstancia en la explotación de la obra supondrá una infracción del derecho exclusivo³⁴.

3.1. Transformaciones idóneas para crear una obra derivada

La obra derivada es el resultado de una actividad que además viene definida en el artículo 21 TRLPI: la transformación. En este precepto se dice que la transformación comprende cualquier modificación de una obra de la que se derive otra diferente. Para saber qué tipo de actividad puede desplegar el autor de una obra derivada sobre otra preexistente, conviene acudir a los ejemplos de obras derivadas que expresamente menciona el artículo

³³ SAÍZ GARCÍA, C. "Artículo 11. Obras derivadas", en PALAU RAMÍREZ, F. (dir) y PALAO MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, pág. 234, 235 y 236.

³⁴ Las licencias Creative Commons (CC) son una herramienta legal de carácter gratuito que permite a los usuarios usar obras protegidas por derecho de autor sin solicitar el permiso del autor de la obra. Inicialmente, estas licencias se crearon con base en la legislación estadounidense y fueron adaptadas a varias jurisdicciones en todo el mundo. Todas las licencias Creative Commons conceden ciertos "derechos básicos" (*baseline rights*), que incluyen el derecho a reproducir la obra, así como a distribuir la obra sin cargo. Adicionalmente, ninguna de las licencias permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente que otros hagan cualquier cosa que la licencia permita. Fuera de esto, los términos de cada licencia dependen de cuatro condiciones, reflejadas en cuatro símbolos que suponen la atribución de diversos derechos. Así, en función del tipo de licencia del que se trate, el beneficiario tendrá derecho a copiar, distribuir, exhibir y representar la obra y a realizar obras derivadas de la misma siempre y cuando se reconozca y cite la obra de la forma especificada por el autor; o bien tendrá el derecho a realizar todas las actividades anteriores pero sin poder perseguir fines comerciales; o no se tendrá el derecho a producir obras derivadas, etc. De esta manera, las licencias Creative Commons suponen un gran medio para que el autor establezca lo que puede hacerse con su obra y lo que no.

11 TRLPI. Allí advertimos tres tipos de transformación: en primer lugar, aquella que afecta a la forma expresiva, que sería una transformación *stricto sensu*; en segundo lugar, la que consiste en incorporar simplemente otros elementos creativos a una obra que permanece expresivamente del mismo modo; y, en tercer lugar, aquella actividad consistente en suprimir algunos elementos expresivos de la obra preexistente. Con todo, al no tener la lista de obras derivadas contenida en el art. 11 TRLPI carácter exhaustivo, caben otras posibilidades. Ello viene a confirmarse en el propio art. 21 TRLPI cuando señala que la “reordenación” de una base de datos se considera también transformación. Este criterio podría extenderse a todo tipo de colecciones del art. 12 TRLPI.

La transformación *stricto sensu* englobaría todos aquellos supuestos en los que se produjera una modificación de los elementos estéticos o formales de la obra: un cambio de género creativo, como la transformación de una obra literaria a un guion cinematográfico o una obra teatral y viceversa; una traducción; reproducciones de obras plásticas originales a otra técnica, como arreglos musicales para otros instrumentos; el cambio de una obra bidimensional a una tridimensional, etc³⁵.

Asimismo, es transformación la adición por parte del autor de la obra derivada de nuevos elementos creativos generados en la obra originaria. Así suele suceder en las previsiones, actualizaciones y anotaciones expresamente mencionadas por el art. 11.2 TRLPI. Fuera del género literario, la transformación puede consistir en la incorporación de otros elementos creativos generados por el propio autor de la obra derivada, como podría ser la paráfrasis en la música o los spin-off en la narrativa y en el audiovisual; en este sentido, MARISCAL GARRIDO FALLA señala que para que la incorporación material de una obra constituya un acto transformativo han de darse tres requisitos: que el resultado de esa incorporación sea original; que la originalidad sea atribuible precisamente a la integración de la obra ajena a la original, pues en caso contrario se trataría de una mera reproducción; y que se produzca un cambio de contexto de la obra

³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios al artículo 11 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, págs. 192.

original con motivo de la incorporación³⁶. O bien puede consistir en la adición de elementos protegidos generados por otros autores o de dominio público, como sucede con las colecciones a las que se refiere el art. 12 TLPI.

Finalmente, la transformación también puede consistir en la supresión de algunos elementos de la obra originaria como, por ejemplo, los resúmenes compendios o extractos a los que se refiere el art. 11.3 TRLPI, pero también de elementos propios de otros géneros creativos, como sucede por ejemplo con los arreglos musicales, los cuales podría encontrarse en cualquiera de los tres tipos mencionados según los casos.

Todas estas actividades pueden aplicarse a cualquier tipo de obra preexistente independientemente del género creativo al que pertenezca. De ello se sigue que la delimitación entre transformación y libre utilización es una cuestión de hecho a valorar en cada caso concreto. Relevante a efectos legales no es tanto qué tipo de actividad sea la que genera la obra derivada, sino que cumpla dos tipos de requisitos: que la misma no afecte al derecho moral del autor de la obra preexistente; y que sea, a su vez, original en el sentido expuesto³⁷.

3.2. Descomposiciones, manipulaciones y nuevas construcciones: las obras recicladas

Si la obra derivada es en esencia la reutilización de una obra o parte de una obra preexistente, cuanto menor sea la parte utilizada, más lejos quedará la necesidad de obtener la pertinente autorización. Ni qué decir tiene que, por debajo de esa unidad mínima de protección aquella no será requerida. Es en este apartado donde la evolución tecnológica ha abierto nuevas posibilidades creativas a partir de la técnica de descomposición y composición: obras de artes visuales que se crean a partir del collage de minúsculos elementos creativos ajenos, como el pic collage, la obra musical creada a

³⁶ MARISCAL GARRIDO FALLA, P., Derecho de transformación y obra derivada, Ed. Tyrant Lo Blanch, Valencia, 2013. Epígrafe 4.1.2.1.

³⁷ SAÍZ GARCÍA, C. “Artículo 11. Obras derivadas”, op.cit., pág. 236, 237 y 238.

partir de parte de otras obras musicales o “mash-ups”, etc., constituyen buenos ejemplos de ello.

La tecnología ha facilitado tanto en tiempo cuanto en esfuerzo la posibilidad de descomponer material preexistente y mezclarlo para obtener resultados derivados originales. El acceso a contenidos, la posibilidad de manipularlos fácilmente y combinarlos con otros hasta obtener una obra reciclada diferente es actualmente una realidad al alcance de todos. Es el propio consumidor del producto el que se convierte en creador y productor, multiplicando, mediante su posterior comunicación pública en las diversas redes sociales, páginas web, etc., los supuestos en que podemos encontrarnos con obras derivadas. Sin embargo, no puede afirmarse que estemos ante un género creativo hasta ahora desconocido. La posibilidad de ser autor mediante la selección, ordenación y disposición de elementos preexistentes protegidos o no, está reconocida en nuestro ordenamiento en el art. 12 TRLPI. Nos hallamos ante una nueva forma de crear obras originales mediante la manipulación de lo hasta ahora existente a la que podríamos denominar “reciclaje artístico o estético”. Una nueva forma de crear obras originales dentro de cualquier tipo de género, pues se produce en música, vídeo, cine... en la que el autor puede dejar más o menos marcada su impronta personal. De ahí que la cuestión de plantearse la necesidad o no de autorización de los titulares de derechos de las obras preexistentes reutilizadas dependa del caso concreto.

En principio, la regla general es la misma: nadie puede utilizar una obra ajena o parte de ella sin la pertinente autorización del autor a no ser que dicho uso se encuentre cubierto por alguna excepción o límite legal. A partir de esta regla y de lo dicho para la libre utilización, pueden sentarse algunos criterios que, con carácter general, ayuden a orientar la respuesta. En este orden de cosas, el operador jurídico puede plantearse y analizar en cada caso concreto: qué porción de la obra se ha utilizado; cuánto se ha modificado; y qué relevancia presenta la obra en el conjunto de la “obra reciclada”³⁸.

³⁸ SAÍZ GARCÍA, C. “Artículo 11. Obras derivadas”, op.cit., págs. 242 y 243.

En relación con el primero de estos criterios, hemos de remitirnos a la cuestión de la unidad mínima de protección o de la unidad máxima libremente utilizable. Si estamos de acuerdo con la línea marcada por el propio TJUE, la unidad mínima de protección puede constituirse a partir de once palabras. Esto sitúa la unidad mínima de protección en un fragmento bastante reducido. Además, significa que, en principio, una utilización integral de una obra ajena no sería aceptable. Tampoco una utilización parcial por encima de ese mínimo mencionado, suponiendo que dicho fragmento gozara de originalidad. De ser este el caso, sólo cabría acudir al tercero de los criterios mencionados para encontrar amparo en un supuesto de libre utilización cuando el uso que se ha hecho de la obra preexistente es literal o sin modificación: la relevancia que presenta el fragmento u obra utilizado en el conjunto de la obra resultante.

En la valoración de este último criterio cabe establecer cierto paralelismo con lo ya comentado en relación con la inspiración en los casos en que la obra “reciclada” no guarda relación con la preexistente. Ciertamente, no cabe hablar de inspiración *stricto sensu* en todos los casos, sin embargo, los efectos deberían ser los mismos: la libre utilización. Por ejemplo, pensemos que un autor utiliza miles de fotografías para componer su pic collage. Para hablar de libre utilización de las obras individuales deberían descomponerse hasta el punto de no ser materialmente reconocibles. Si, por el contrario, la composición se sirve de obras fotográficas íntegras, aunque pierden su personalidad en el mayor contexto de la obra reciclada, no sería posible bajo la normativa vigente. Efectivamente, en este tipo de composiciones las obras individuales recicladas pierden su funcionalidad artística originaria para ser parte material y completamente accesoria de la obra derivada.

En segundo lugar, y fuertemente relacionado con lo anterior, se trata de comprobar si ha habido transformación de las obras preexistentes, lo que será bastante habitual. La conclusión es la misma que para el caso anterior, si la transformación ha sido tal que no permite reconocer la identidad entre la obra anterior y la resultante que se va a utilizar en la obra reciclada, estamos ante un acto de libre utilización y, en consecuencia, no será necesaria la autorización del titular de los derechos. Lógicamente, en el caso de que se haya seguido el mismo proceso con cada una de las obras preexistentes antes de

combinarlas en la obra reciclada, más probabilidad habrá de encontrarnos con una obra completamente diferente y original³⁹.

Finalmente, habrá que tener en cuenta qué relevancia presenta la obra preexistente en el conjunto de la obra reciclada, de modo que cuanto más accesoria sea menos probabilidad de lesión del derecho de autor se producirá.

En general, como ya se ha señalado, la utilización de una obra ajena sin autorización del titular del derecho constituye una infracción del derecho de autor salvo que el acto de explotación se encuentre cubierto por algún límite legal. Ciertamente, la mayoría de límites no se refieren al derecho de transformación. Sin embargo, aquí podrían cobrar especial relevancia dos límites: el derecho de cita del art. 32.1 y la parodia, del art. 39 TRLPI. Tanto si la obra reciclada se explotara dentro de los límites del ejercicio del derecho de cita, cuanto si consistiera en una parodia, no sería necesaria la autorización del autor. Tampoco la requerirán aquellas que se formen a partir de obras que ya han pasado a formar parte del dominio público⁴⁰.

4. La parodia

El artículo 39 TRLPI señala que “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”. Partiendo de esto, debemos señalar en primer lugar que la parodia constituye en sí misma un límite al derecho de propiedad intelectual. La parodia se define en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* como una “imitación burlesca”. Mediante esa imitación no se persigue la apropiación de lo imitado, sino la interpretación humorística de la misma. En la actualidad existen múltiples ejemplos de esta actividad jocosa en relación con obras literarias, audiovisuales y musicales, entre otras, por las que se pretende realizar una crítica, una ironía o, sencillamente, una burla, bien de la propia obra, bien incluso

³⁹ SAÍZ GARCÍA, C. “Artículo 11. Obras derivadas”, op.cit., págs. 244 y 245.

⁴⁰ SAÍZ GARCÍA, C. “Artículo 11. Obras derivadas”, op.cit., pág. 245.

de otra circunstancia social. Sin embargo, conviene advertir ya en este momento que no todas las parodias merecerán la consideración de límite a los derechos de propiedad intelectual. El fundamento de este límite en nuestro ordenamiento se asienta en el Derecho a la libertad de expresión y de crítica consagrado en el artículo 20 de la Constitución Española.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tal y como apunta CORBERÁ MARTÍNEZ, la doctrina ha señalado que el límite basado en la parodia no acoge todas las expresiones de “imitación burlesca”, sino aquellas que se refieran a la obra divulgada en sí mismo considerada, lo que supondría excluir aquellas que se valen de la obra divulgada para parodiar otras circunstancias. La justificación de la parodia como límite a los derechos de propiedad intelectual se asienta, tanto en el fomento de la creatividad como en la existencia de un interés público en la divulgación de la parodia, toda vez que, de otra manera, probablemente el titular del objeto parodiado no concedería licencia, motivo por el que la parodia no conlleva indemnización al titular de la obra parodiada. Es decir, en la opinión de CORBERÁ MARTÍNEZ, en la parodia reside un interés público centrado en generar críticas y opiniones sobre una obra, que no se alcanzaría igualmente para el caso en el que se exigiera el consentimiento del autor o una indemnización a favor de éste⁴¹.

El TRLPI no define que es la parodia, como tampoco hacían los precedentes de esta norma. Por su parte, el art. 5.3.k de la Directiva 2001/29/CE formula este límite al establecer la excepción a los derechos de autor “cuando el uso se realice a efectos de la caricatura, parodia o pastiche”. De esta forma, mientras la redacción del artículo 39 TRLPI se refiere a la parodia como resultado, la redacción de la norma comunitaria parece remitir a la intención de conseguir dicho resultado. Pese a todo, no parece que esta distinción presente mayor relevancia, puesto que tanto la legislación española como la

⁴¹ CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 39. Parodia”, en PALAU RAMÍREZ, F. (dir) y PALAO MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, págs. 693 y 694.

europea se limitan a configurar la parodia como una excepción a la protección otorgada por el derecho de autor.

Tampoco se puede obviar la generosidad de la norma europea que distingue entre caricatura, parodia y pastiche, frente a la única remisión a la noción de parodia que efectúa la norma nacional, lo que conlleva la necesidad de determinar si la remisión a la parodia que efectúa la norma nacional integra también la caricatura y el pastiche. Debemos señalar en este punto que, en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, como en el correspondiente a la protección civil del derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen se efectúa la remisión a la caricatura. En este sentido, el artículo 8.2.b de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen señala: “En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social”. De esta distinción se deduce la necesidad de determinar una noción jurídica depurada de parodia, característica del ámbito de la propiedad intelectual.

Al respecto, nuestro ordenamiento jurídico adopta una noción amplia de parodia en el artículo 39 TRLPI, lo que hace necesario precisar su alcance en aras de una correcta delimitación de la figura y, en consecuencia, de la aplicación del límite. Y ello, en atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cuestión.

4.1. Características de la parodia

En este sentido, la doctrina⁴² ha identificado diversos aspectos configuradores del concepto de parodia amparado en el art. 39 TRLPI: el primero, la parodia se centra en una obra determinada; el segundo, el tema de la parodia es la obra con la que genera una relación intertextual; en tercer lugar, genera una creación derivada de la transformación llevada a cabo; y, finalmente, la transformación debe estar guiada por un efecto cómico.

⁴²MARTÍN SALAMANCA, S., “Artículo 39. Parodia”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 323.

Pasamos ahora a referirnos a esas características, siguiendo la sistematización realizada por CORBERÁ MARTÍNEZ⁴³ y MARTÍN SALAMANCA⁴⁴.

4.1.1 La obra como objeto de parodia

La parodia reconocida como límite en el art. 39 TRLPI es aquella que recae, o se centra, en una obra determinada, o, dicho de otra manera, la parodia aceptada como límite a los derechos de propiedad intelectual es aquella que toma como objeto a parodiar, a una obra preexistente. Ello es lógico, toda vez que no sería posible de otra manera, dado que tampoco habría derecho de autor.

4.1.2 Relación intertextual antitemática con la obra parodiada.

Este segundo aspecto definitorio de la parodia es de gran interés para determinar qué tipo de parodias podrán valerse del límite, pues en la actualidad son múltiples las manifestaciones paródicas en las que se emplea una obra preexistente, por ejemplo, una obra musical o una obra audiovisual, para generar de manera cómica una crítica que puede tener como elemento parodiado, tanto la propia obra parodiada, como otra circunstancia de actualidad.

En este sentido, la jurisprudencia estadounidense ha distinguido entre “*target parody*” y “*weapon parody*”, en la primera se parodia la obra en sí misma considerada, a su autor o aspectos próximos a los mismos y, en la segunda, la obra sirve de vehículo para llevar a cabo la parodia de otra circunstancia⁴⁵. Sin embargo, como ya se señaló con anterioridad, en opinión de CORBERÁ MARTINEZ solo son admisibles como límite al derecho de autor las parodias que recaen sobre una obra y no aquellas que se valen de la obra para hacer burla o satirizar otras circunstancias. Siguiendo este planteamiento, estarán dentro del límite las obras audiovisuales que parodien otras de éxito del mismo tipo, no siendo necesaria la autorización del titular de los derechos de autor ni su

⁴³ CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., págs. 694 y ss.

⁴⁴ MARTÍN SALAMANCA, S., “Artículo 39. Parodia” op.cit., pág. 323 y ss.

⁴⁵ MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, op.cit., pág. 72.

compensación (pensemos en el género de las “*spoof movies*”, con *Scary Movie* a la cabeza).

4.1.3 Finalidad humorística o burlesca

La parodia se caracteriza por el componente cómico o humorístico y burlesco intrínseco al espíritu crítico. Puede manifestarse aplicando el tono humorístico a lo serio o viceversa⁴⁶. Esta finalidad humorística o burlesca a juicio de un sector doctrinal excluye aquellos supuestos en los que se pretende el daño de la propia obra o en los que no se aprecia esta finalidad.

En cualquier caso, la finalidad humorística o burlesca es una característica intrínseca de la parodia, y así lo recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 septiembre de 2014⁴⁷, al declarar que la parodia es un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea, en el que una de sus características esenciales es el “plasmear una manifestación humorística o burlesca”.

4.2. Obra derivada de la obra parodiada

Tradicionalmente, se ha considerado que la parodia debe ser una obra en sí misma, y no solo la práctica de meros retoques o alteraciones irrelevantes sobre la obra parodiada. Por lo tanto, se trata de que la parodia constituye la creación de una obra derivada de la obra parodiada, es decir un fruto de la transformación de la misma conforme al artículo 21 TRLPI⁴⁸. Ello resulta lógico toda vez que en caso contrario se estaría posibilitando el plagio.

Así, se afirma que la parodia debe reunir un grado de originalidad suficientemente derivado de esta interpretación crítica de carácter humorístico, requiriendo que se haga

⁴⁶ MARTÍN SALAMANCA, S., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., pág. 324.

⁴⁷ STJUE de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, “Deckmyn y Vrijheidsfonds” (Sentencia Deckmyn y Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, apartados 17 y 32)

⁴⁸ MARTÍN SALAMANCA, S., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., pág. 324.

un uso creativo del que emane la obra derivada. En sentido, en la parodia se deberán introducir elementos tendentes a la crítica burlesca, cómica o humorística del que emane dicho grado de originalidad suficiente⁴⁹.

Sin embargo, la STJUE de 3 septiembre de 2014, que ya hemos señalado, expresa al interpretar el artículo 5.3.k de la Directiva 2001/29/CE, que “la parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de esta”, lo que a juicio del Tribunal de Justicia conlleva, que “no se supedita a requisitos que impliquen la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra o mencione la fuente de la obra parodiada⁵⁰”. Al respecto, un sector doctrinal⁵¹ ha entendido que esta sentencia choca en principio con la interpretación y el tenor literal del artículo 39 TRLPI, si bien la introducción de este límite basado en la parodia en un ordenamiento podría limitarse en su alcance, dado que cabría aceptar esta excepción cuando constituyese una obra nueva por su originalidad, por lo que a juicio de este sector no habría que modificar, ni forzar una interpretación del art. 39 TRLPI.

4.3. La parodia como límite a los derechos de propiedad intelectual

De acuerdo con el artículo 39 TRLPI, la parodia lícita y que, por tanto, opera como límite a los derechos de propiedad intelectual en la medida en que no requerirá consentimiento del autor de la obra parodiada por la transformación llevada a cabo, no debe implicar riesgo de confusión con la misma, ni debe inferir un daño a la obra original o a su autor.

⁴⁹ CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., págs. 696.

⁵⁰ STJUE de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, “Deckmyn y Vrijheidsfonds” (Sentencia Deckmyn y Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, apartados 17 y 32)

⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La parodia”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 7/2014, págs. 11 a 14.

Como se ha señalado, con la parodia se permite la transformación de una obra preexistente divulgada, sin autorización del autor o del titular de los derechos de propiedad intelectual, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre esta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación. Por tanto, la transformación de una obra de la que se derive otra diferente como consecuencia de la parodia otorgan al autor de esta última los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación⁵².

4.3.1. Requisitos

Para que la parodia sea lícita y opere como límite, el art. 39 TRLPI requiere que no implique riesgo de confusión con la obra original, ni un riesgo para esta y su autor. Pasamos ahora a desglosar estos requisitos de una manera más pormenorizada.

4.3.1.1 Que la parodia no implique riesgo de confusión con la obra parodiada

La parodia no debe confundirse con la obra sobre la que se efectúa la parodia. Es por ello que se afirma que, en la parodia, el mayor grado de transformación de una obra preexistente evitará que se trate de un plagio⁵³. En este sentido, es en el aspecto humorístico o burlesco donde se notará la transformación llevada a cabo mediante la parodia; es lo que marcará una distancia evidente entre la parodia y la obra original parodiada. A estos efectos, y como afirma algún sector doctrinal la esencia de la parodia se encuentra en el contraste entre la obra original y el aspecto cómico que la parodia lleva a cabo.

Ahora bien, a falta de una clara determinación de aquello que se entiende por riesgo de confusión en el contexto de la parodia, como se ha dicho con anterioridad,

⁵² CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 39. Parodia op.cit., págs. 699 y 700.

⁵³ MARTÍN SALAMANCA, S., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., pág. 324.

tradicionalmente se ha entendido que la parodia debe ser una obra en sí misma, con entidad propia que vaya más allá de los retoques o alteraciones de la obra parodiada. De esta manera, la presencia en la parodia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, así como el hecho de que la parodia pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor en la obra original, o que la parodia incida sobre la propia obra o mencione la fuente de la obra parodiada, podría entenderse que daría cumplimiento al requisito previsto consistente en que la parodia no implique riesgo de confusión⁵⁴.

4.3.1.2 Que la parodia no infiera daño a la obra o a su autor

El art. 39 TRLPI también supedita la licitud de la parodia para que opere como límite a que la parodia no genere daño para la obra o su autor. A estos efectos y a juicio de un sector doctrinal, este requisito puede solaparse con lo previsto con carácter común para todos los límites a los derechos de propiedad intelectual en el art. 40 bis TRLPI, al establecer que “los artículos del presente capítulo 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”. Es por ello que la doctrina ha venido entendiendo, de manera no exenta de duda por la falta de jurisprudencia al respecto, que el daño al que se refiere el artículo 39 se centra en aquel daño que quien parodia podría evitar sin merma de la finalidad de la parodia⁵⁵.

CORBERÁ MARTÍNEZ señala que la doctrina ha incidido en el carácter de este daño, que podría ser de carácter económico en tanto que la parodia llegara a sustituir a la obra parodiada, si bien, ello raramente sucederá pues la parodia no sustituye a la obra original, sino que la complementa, a la vez que puede servir de cauce de promoción o publicidad,

⁵⁴ CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., págs. 700 y 701.

⁵⁵ MARTÍN SALAMANCA, S., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., pág. 328.

y tampoco puede que sea relevante la licencia que el autor de la obra principal deje de ingresar por la parodia⁵⁶.

En atención al perjuicio a los derechos morales del autor, se han entendido que los mismos pueden afectarse en virtud de este límite, si bien de diferente forma, pues la parodia no podrá afectar ni la divulgación ni la paternidad sobre la obra, ya que en caso contrario estaremos ante una transformación que exigirá el consentimiento del autor de la obra original y que puede dar lugar a la correspondiente compensación⁵⁷.

Desde una perspectiva centrada en el daño moral, se ha entendido que las parodias podrían considerarse una suerte de reconocimiento social, ya que las mismas se centran en obras de éxito. Sin embargo, en el caso de que se pretenda causar un daño al autor de la obra mediante la parodia, se ha venido apreciando que otros cauces civiles serían más apropiados para conseguir esa tutela del art. 39 TRLPI, es decir, en aquellos casos en los que la parodia comprometa la integridad, la fama o la intimidad personal del autor de la obra parodiada parece que deberá encontrar tutela mediante la protección dispensada por la LO 1/1982, de 3 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵⁸.

5. Los límites a la propiedad intelectual

No cabe duda de que el sistema de derechos de autor genera, por su propia configuración, cierta tensión entre la protección conferida a las obras ya existentes y la reutilización de esas mismas obras, o de fragmentos, personajes y elementos que se asocian con ellas de forma inmediata y casi inconsciente, para la elaboración de otras nuevas. El mecanismo legal que garantiza el equilibrio entre el monopolio concedido al autor sobre su obra y la libre utilización de la misma por terceros se articula a través de los denominados sistemas de límites a los derechos exclusivos del autor, que, efectivamente, limitan o

⁵⁶ CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., págs. 701.

⁵⁷ MARTÍN SALAMANCA, S., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., pág. 328.

⁵⁸ CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 39. Parodia”, op.cit., págs. 701 y 702.

constrañen el control que el autor ejerce sobre su obra hasta que su propiedad intelectual se desvanece en el dominio público.

Esos límites o excepciones encuentran su razón de ser en el respeto a un conjunto de derechos fundamentales e intereses generales que no pueden ser soslayados por el legislador, y entre los que se encuentran el propio derecho a la creación literaria y artística, el acceso a la cultura, el derecho a la información, a la libertad de expresión y de crítica, etc.; derechos que se hallan en el origen mismo de cada uno de esos límites y que los justifican. Pero, ¿hasta qué punto amparan esos límites al autor de creaciones derivadas, aparentemente cruciales para el desarrollo de las artes y, en general, para fomentar la expresión y la creación libres en una época marcada por lo digital y por el recurso al copia y pega?

Analizando la regulación actual en la Europa continental y en los países de tradición anglosajona, MUÑOZ VICO señala que puede apreciarse de inmediato una importante diferencia de concepto: en el sistema continental la legislación en materia de derechos de autor procura encontrar ese equilibrio mediante el recurso a listados cerrados de excepciones a los derechos de autor. En la Unión Europea, la Directiva comunitaria 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, incluye una enumeración exhaustiva de límites y excepciones cuya adopción por los Estados miembros es facultativa, pero que les impide excederse o llevar a cabo interpretaciones generosas que vayan más allá de lo estrictamente estipulado. En los ordenamientos anglosajones, en cambio, ese necesario equilibrio entre copyright, creatividad y libertad de expresión se consigue a través de la doctrina del “*fair use*”, una figura extraordinariamente plástica que se basa en la resolución casuística de las controversias por parte de jueces y tribunales: son estos los que deben asegurarse en cada caso de que la utilización no autorizada de la obra anterior responde a un uso razonable e inofensivo para los intereses económicos de su titular, atendiendo a una serie de

factores pautados en la ley y a la finalidad esencial de la propiedad intelectual: el fomento de la creatividad y del desarrollo de las artes⁵⁹.

Por expresarlo de forma simplista, MUÑOZ VICO señala que mientras que en los Estados Unidos se confía a la judicatura la resolución de las querellas entre arte y derecho, la Europa continental se aferra a sus leyes y a sus legisladores. Lógicamente la adopción de uno u otro modelo incide de inmediato en la concepción de la propiedad intelectual en cuanto tal y en la libertad de creación artística y literaria. Pasamos a ahora a analizar de forma más pormenorizada las diferencias entre una y otra forma de preservar ese equilibrio tan delicado entre la protección de la propiedad intelectual y el fomento de la creatividad.

5.1. El sistema europeo de límites

El sistema continental-comunitario únicamente permite aquellas utilizaciones de materiales protegidos por propiedad intelectual cuya finalidad y alcance pueden enmarcarse dentro de alguno de los límites taxativamente recogidos en la ley. Además, el legislador deberá tener en cuenta la llamada “regla de los tres pasos”, una fórmula de compromiso alcanzada a nivel internacional que introduce tres criterios que deberán ser respetados en todo caso: los límites no podrán adoptarse con carácter general, sino únicamente respecto de determinados supuestos especiales; no podrán afectar a la normal explotación de la obra; ni atentar contra los intereses legítimos del autor.

¿Aparecen contemplados los usos derivativos en el sistema comunitario de límites? La Directiva no establece una excepción expresa para los usos artísticos o literarios derivativos, pero recoge, entre otras excepciones, la parodia, la cita, el pastiche y las utilizaciones incidentales de una obra o prestación en otro material ajeno. Aunque a simple vista estos límites parecen adecuados para amparar utilizaciones derivativas no autorizadas, ninguno de ellos encuentra una definición precisa en la Directiva, y, lo que es peor, suelen ser interpretados de forma muy restrictiva por los Estados de la Unión que

⁵⁹ MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, op.cit., pág. 63 y 64.

han decidido adoptarlos: así sucede con la cita, cuya licitud se circunscribe a aquellos casos en que se haga con una finalidad de crítica o reseña, dejando fuera de manera absurda las citas alusivas, que pueblan de forma frecuente la literatura. En este sentido, el artículo 32.1 TRLPI señala: “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”.

En España, el legislador no ha acogido entre estos límites el pastiche ni el uso incidental, y la cita únicamente es lícita cuando se usa con fines docentes o de investigación. La intertextualidad, el collage literario o el mash-up, al que ya nos hemos referido con anterioridad, no parecen encontrar a priori amparo legal expreso y uniforme en la Unión Europea.

Pero en los últimos años parece haber comenzado a producirse una nueva tendencia en los países europeos. MUÑOZ VICO apunta a que la rigidez legal empieza a percibirse como un lastre para la creatividad que, en determinados casos, podría estar frenando de forma innecesaria la difusión nuevas obras potencialmente valiosas.

El consenso, por tanto, parece existir no solo respecto del propósito de agilizar y flexibilizar el marco regulador de la propiedad intelectual, sino también respecto de los medios para lograr esa mayor ductilidad del sistema: la revisión de los límites y excepciones a los derechos exclusivos. En cualquier caso, la introducción de una excepción que ampare abiertamente ciertas formas de usos derivativos y las demás formas de creatividad artística derivada, habrá de hacerse valorando los intereses de todas las partes implicadas. Como apunta el Libro Verde del año 2009 de la Comisión Europea sobre derechos de autor en la economía del conocimiento, en todo caso “deberían determinarse cuidadosamente las condiciones en las que se permitiría un uso

transformador, para no perjudicar los intereses económicos de los titulares de derechos de la obra original”⁶⁰.

5.1.1. La regla de los tres pasos

El artículo 40 bis TRLPI dice: “Los artículos del presente capítulo 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”. Este artículo cierra el sistema de límites de los derechos de propiedad intelectual, no sin levantar cierta polémica sobre su interpretación. Según CASTELLÓ PASTOR, el art. 40 bis se constituye como un criterio hermenéutico para interpretar los límites precedentes, de forma que en el supuesto de que un uso no autorizado se halle amparado por algún límite fijado en los preceptos anteriores, deberá, en todo caso, superarse el filtro aquí señalado para que pueda finalmente declararse amparado a tal uso⁶¹.

Este artículo recoge lo que en el argot internacional se conoce como la “regla de los tres pasos” o “three step test”. CASTELLÓ PASTOR explica que las etapas o pasos que constituyen la regla deberían, a priori, interpretarse de forma cumulativa, aunque esta interpretación carece de carácter oficial, motivo por el cual son cada vez más las voces que solicitan su interpretación flexible, vistos los acontecimientos producidos en el entorno digital que están poniendo en entredicho su funcionalidad; no debiendo olvidar, además, que el legislador español, al trasponer la regla de los tres pasos a nuestro ordenamiento alteró su orden y fijó únicamente dos de los tres pasos⁶².

Esta regla de los tres pasos, de origen internacional, tiene una fuerte presencia en distintos tratados internacionales desde su promulgación en el año 1967 con el Convenio

⁶⁰ MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, op.cit., pág. 65.

⁶¹ CASTELLÓ PASTOR, J.J., “Artículo 40 bis. Disposición común a todas las del presente capítulo”, en PALAU RAMÍREZ, F. (dir) y PALAO MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, págs. 717.

⁶² CASTELLÓ PASTOR, J.J., “Artículo 40 bis. Disposición común a todas las del presente capítulo”, op.cit., págs. 717.

de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, hasta el último instrumento internacional en materia de propiedad intelectual, el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con dificultades para acceder al texto impreso. Asimismo, en el ámbito europeo se refleja en diferentes Directivas promulgadas estos últimos veinte años, como también en el ámbito nacional⁶³.

En nuestro país, en línea con la interpretación realizada por las normas internacionales y las Directivas europeas, este límite a los límites del art. 40 bis TRLPI encuentra un mayor apoyo doctrinal en una interpretación restrictiva. CASTELLÓ PASTOR señala que la doctrina mayoritariamente considera nuestro sistema de límites como cerrado, con cierres tasados y números clausus fijados en los artículos 31 a 40 de la Ley de Propiedad Intelectual. De manera que la explotación no autorizada de una obra podrá ampararse en un límite o excepción si este no se halla dentro de los mencionados supuestos⁶⁴.

Desde la perspectiva española de la aplicación judicial de la regla de los tres pasos, cabe señalar que varias sentencias han interpretado de forma restrictiva el art. 40 bis TRLPI, como, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de julio de 2001⁶⁵, o la sentencia de 6 de julio de 2007 de la misma Audiencia⁶⁶, que zanjó el litigio entre la editora *El mundo* y *El periodista digital* por la reproducción por parte de este último de un porcentaje relevante del contenido de la primera, que diariamente eran integrados en los contenidos de su obra. Sostuvo la Audiencia Provincial que el comportamiento de la empresa demandada, aunque superara el filtro del derecho de cita, debía juzgarse teniendo también en consideración el artículo 40 bis TRLPI, al concluir que: “la relación precedente revela motivos suficientes para concluir que el comportamiento de la demandada no constituía un uso justo de un derecho ajeno, merced

⁶³CASTELLÓ PASTOR, J.J., “Artículo 40 bis. Disposición común a todas las del presente capítulo”, op.cit., págs. 717.

⁶⁴CASTELLÓ PASTOR, J.J., “Artículo 40 bis. Disposición común a todas las del presente capítulo”, op.cit., págs. 717.

⁶⁵ Sentencia 465/2001 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de julio de 2001.

⁶⁶ Sentencia 636/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de julio de 2007.

a una limitación legal que pudiera justificarse en aras a la función social que cumple el derecho a la información, sino que desbordaba tal frontera, invadiendo y dañando el derecho de propiedad intelectual de las demandantes, a quienes, como editoras, les corresponde legalmente la condición de autoras de las obras colectivas que suponen tanto el diario “*M.*” como su página web “*M.es*”.”.

Los tribunales españoles también han analizado de forma flexible el sistema de límites, como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2012⁶⁷. Esta sentencia fundamenta, con acierto, su *ratio decidendi* en un principio general del derecho, visto el planteamiento de la petición judicial, como es el cierre mundial de un buscador; y, sin embargo, analiza varias de las actividades del motor de búsqueda y para ello considera, por ejemplo, que las copias en caché ofrecidas en enlace en la página de resultados quedarían amparadas en el límite de la reproducción provisional del art. 31.1 TRLPI.

De esta manera, el Tribunal Supremo legitima tanto las copias en caché como los fragmentos de texto o “*snippets*”, apreciando que no resulta necesaria la autorización del titular de la obra protegida porque se trata de una actividad carente de relevancia infractora. Es decir, determina que el uso es inocuo, empleando la regla de los tres pasos, sin enmarcar la conducta en ningún límite, olvidándose de que esta regla únicamente debe ser utilizada cuando exista un límite tasado.

En conclusión, coincidimos con la opinión de CASTELLÓ PASTOR de que el actual sistema de límites tasados resulta insuficiente para solventar muchas de las contiendas judiciales, especialmente las relacionadas con las conductas en la red, de manera que amparar el uso no autorizado de una obra protegida sobre una interpretación flexible de un límite podría ser factible siempre y cuando tuviera un sustento legal; por lo tanto, se antoja necesaria una revisión del actual sistema de límites⁶⁸.

⁶⁷STS 172/2012, de 3 de abril de 2012.

⁶⁸CASTELLÓ PASTOR, J.J., “Artículo 40 bis. Disposición común a todas las del presente capítulo”, op.cit., págs. 729 y ss.

5.2. La doctrina del fair use

El sistema estadounidense del *fair use* se muestra mucho más flexible a la hora de dar cabida a las creaciones artísticas derivadas. MUÑOZ VICO explica que, según el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en principio, el *fair use* debe amparar aquellas utilizaciones no autorizadas de materiales protegidos que den lugar a obras nuevas y transformadoras. El sistema estadounidense no solo considera legítimas aquellas obras que critican, comentan o parodian una obra protegida, sino también los trabajos creativos que incorporan elementos protegidos con el fin de dotarlos de un significado nuevo, bien por el contexto en el que se insertan, bien por sufrir una modificación de tal calado que resulten difícilmente identificables en el conjunto de la obra resultante⁶⁹. En otras palabras, se protegen determinadas manifestaciones expresivas que pueden englobarse dentro de la vasta fenomenología de la intertextualidad. Evidentemente, no cualquier transformación de obras anteriores con una finalidad artística encuentra cobijo bajo la doctrina del *fair use*, pues la utilización derivativa deberá pasar por el tamiz del análisis judicial a la luz de los siguientes factores:

1. El propósito y carácter de la utilización. Los jueces deberán examinar si la reutilización de la obra original es lo suficientemente transformadora; si persigue una finalidad comercial o desinteresada; si constituye una parodia de la obra anterior; si se ha llevado a cabo de mala fe, etc.
2. La naturaleza de la obra utilizada. El segundo factor obliga a los jueces a tomar en consideración si la obra originaria era inédita o si, por el contrario, había ya sido divulgada por su autor cuando fue reutilizada. También deberá ser tomada en cuenta su altura creativa, de forma que, a mayor creatividad, mayor será también la probabilidad de que su reutilización constituya una infracción de la propiedad intelectual del primer autor.

⁶⁹MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, op.cit., pág. 66.

3. La cantidad e importancia del fragmento reproducido y exhibido. Obviamente, la doctrina del *fair use* favorece aquellas utilizaciones derivadas que hagan un uso limitado y razonable del material anterior, proscribiendo los usos excesivos.

Los efectos sobre el mercado potencial de la obra original. Por último, los jueces deberán tener en cuenta si la reutilización de una obra puede afectar al mercado potencial de su autor. Así, la doctrina del *fair use* no suele amparar secuelas no autorizadas, ya que se entiende que pueden comprometer los intereses económicos del autor de la obra originaria y su capacidad de decisión en el futuro.

El margen de interpretación a la hora de aplicar estos factores es extraordinariamente amplio y flexible. Así, mientras que la legitimidad del uso derivativo no autorizado estará condicionada en todo caso a que la transformación añada una expresión sustancialmente original a la obra preexistente. MUÑOZ VICO concluye que una vez establecido que el uso de la obra es transformador, otros factores, como su carácter comercial o lucrativo, suelen quedar relegados a un segundo plano⁷⁰.

5.2.1 El caso Blanch contra Koons

Esta afirmación quedó patente en 2006 cuando la Corte de Apelación de Nueva York, en una sentencia que resolvía el caso Andrea Blanch contra Jeff Koons, la Fundación Salomo R. Guggenheim de Berlín y el Deutsche Bank, y en la que se sintetizan y exponen con especial claridad el sentido y el alcance de la doctrina del *fair use* en su aplicación a las artes⁷¹.

En algún momento durante los meses de agosto y septiembre del año 2000, el artista visual Jeff Koons recortó de una revista cualquiera la fotografía de unas piernas de mujer desnudas y cruzadas. Koons escaneó el recorte y lo manipuló digitalmente para alterar el color, añadir distintos matices a la fotografía original y eliminar determinados

⁷⁰ MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, op.cit., pág. 67.

⁷¹ Blanch vs. Koons 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

accesorios que le parecieron superfluos e innecesarios para sus fines artísticos. Por fin, insertó la imagen resultante en el collage “Niagara”, que le había sido encargado por el Deutsche Guggenheim de Berlín como parte de una serie de siete cuadros. El artista recibió del museo la cantidad de dos millones de dólares, y la colección se exhibió en el mismo en Berlín en octubre de ese mismo año bajo el título de “Easyfun-Ethereal”. Tras una exitosa inauguración, galerías y museos de todo el mundo reclamaron la colección en préstamo, y en la temporada estival de 2002, fue llevada al Guggenheim de Nueva York, donde se desató la polémica: la foto que Koons había recortado resultó ser “Silk Sandals by Gucci”, una composición de la fotógrafa Andrea Blanch publicada en agosto de 2000 por Allure Magazine como parte de un reportaje más amplio sobre últimas tendencias en cosmética.

Al visitar la exposición de Koons en Nueva York, Blanch reconoció su fotografía en la obra, y, tras meditarlo con sus abogados, decidió demandar por infracción de propiedad intelectual al artista, al Deutsche Guggenheim y a la propia Fundación Solomon R. Guggenheim.

Tanto el tribunal de primera instancia como la corte de apelación respaldaron la licitud del collage apelando a la doctrina del *fair use*, y tuvieron en cuenta como factor determinante del fallo su carácter transformador. La imagen original tomada por Andrea Blanch mostraba las piernas desnudas de una mujer, cuyos pies reposaban sobre un regazo masculino y calzaban unas sandalias Gucci, rematadas por un broche de diamantes. La escena había sido montada sobre la cabina de un avión, transmitiendo una sensación general de lujo y confort. Pero a Koons sólo le habían interesado las pantorrillas desnudas y los pies enfundados en las sandalias de Gucci, a los que añadió unos tacones, prescindiendo de los demás elementos de la fotografía. En el collage, las piernas habían sido colocadas en posición inversa, de modo que parecían colgar verticalmente junto a otras tres fotografías similares de piernas femeninas, todas ellas recortadas y dispuestas simétricamente sobre el paisaje semiculto de las cataratas del Niágara. Como colofón, la escena aparecía salpicada de productos de repostería ubicados al azar.

La defensa de Koons expuso su argumentación haciendo especial hincapié en el propósito artístico que había motivado la utilización de la fotografía. De este modo, se

sostuvo que mientras que Blanch había perseguido un objetivo publicitario al tomar la fotografía, el de Koons había sido puramente artístico. Koons explicó durante su deposición judicial que la decisión de utilizar en el collage una obra preexistente no había sido arbitraria o caprichosa, sino que obedecía a una finalidad artística premeditada: “Aunque las piernas de la fotografía de Allure pudieran resultar prosaicas, me resultó necesario incluirlas en mi cuadro en lugar de unas piernas que yo mismo podía haber fotografiado. La fotografía es prototípica de un cierto estilo de comunicación de masas, Imágenes idénticas a esta pueden encontrarse en casi cualquier otra revista ilustrada americana. Para mí, las piernas presentadas en la fotografía de Allure reflejan el mundo real, algo que todos experimentamos constantemente; no son las piernas de nadie en particular. Al utilizar un fragmento de la fotografía de Allure en el collage mi intención era criticar la cultura de masas y las actitudes promovidas y encarnadas por Allure Magazine. Al utilizar una imagen existente, quería trasladar al espectador esa crítica con un grado tal de autenticidad y verosimilitud que me garantizara que iba a entender lo que yo quería expresar, y que sólo puede entenderse al comparar los efectos tan distintos que se consiguen con la cita y con la paráfrasis”.

La Corte de Apelación consideró que la adaptación de “Silk Sandals” que Koons había llevado a cabo se ajustaba a la perfección al test diseñado por la jurisprudencia americana para valorar si una obra es lo suficientemente transformadora: “Se utiliza una fotografía de moda tomada para su publicación en una revista ilustrada de tendencias, con variaciones en el color, en el trasfondo, en el soporte, en el tamaño de los objetos representados, en los detalles, y de forma crucial, con un propósito y un significado enteramente diferentes, y se hace como parte de un encargo masivo para su exhibición en una galería de arte alemana”. Entusiasmados por el elemento transformador de la obra, los magistrados restaron importancia a la finalidad lucrativa de la obra y descartaron que “Niagara” pudiera tener efectos perniciosos de ningún tipo sobre el “mercado potencial” de la fotografía de Blanch. Por último, los propios jueces citan una

jurisprudencia anterior⁷² para alertar sobre los peligros que entrañaría que “personas con formación exclusivamente jurídica pudieran constituirse en los juzgadores finales del mérito de una obra de arte”.

5.2.2. El caso Salinger

Pero la doctrina del *fair use* también se ha mostrado eficaz para arbitrar disputas literarias. Jerome David Salinger, conocido mundialmente por el éxito de su novela *El guardián entre el centeno* (1951) y por su temperamento excéntrico y retraído, fue en vida uno de los autores más celosos de privacidad y de su propiedad intelectual, que defendió con ahínco frente a cualquier atisbo de intromisión externa, contribuyendo en ese empeño al desarrollo de la jurisprudencia del *fair use*.

La publicación en el año 2009 de la secuela no autorizada de *El guardián entre el centeno*, *60 Years Later: Coming Through the Rye*, del escritor sueco Fredrik Colting (enmascarado literariamente bajo el pseudónimo de “John David California”) y editado por Windupbird Publishing, dio origen a un interesante pleito ante los tribunales de Nueva York, en el que la libertad de creación y la propiedad intelectual aparecían confrontados en un duelo jurídico que ponía a prueba la elasticidad y la razón legal del propio sistema legal de derechos de autor.

Los abogados de Salinger demandaron a Fredrik Colting y a su editorial ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York⁷³, alegando infracción de propiedad intelectual y competencia desleal, y aduciendo que “el derecho a crear una secuela de *El guardián entre el centeno* o a usar el personaje de Holden Caulfield pertenece a Salinger y solo a Salinger, y él ha elegido no ejercerlo”. Conscientes de la importancia de paralizar de inmediato el lanzamiento de la secuela en Estados Unidos, los demandantes solicitaron al tribunal la adopción de unas medidas cautelares que impidieran la publicación y distribución de

⁷² Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

⁷³ Salinger v. Colting, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010)

ejemplares de libros en el país, así como cualquier tipo de promoción o publicidad del mismo.

El equipo de Salinger reclamaba, en primer lugar, que *60 Years Later: Coming Through the Rye* constituía una obra derivada de *El guardián entre el centeno*, para cuya creación Colting debería haber obtenido la previa autorización de Salinger; y, en segundo lugar, que el personaje “Mr. C”, que protagoniza la secuela no es otro que el propio Holden Caulfield, el adolescente rebelde creado por Salinger protagonista de su novela, con la peculiaridad de que en la novela de Colting es un viejo cascarrabias de sesenta y seis años que se ha escapado del asilo y deambula por Nueva York cavilando sobre las mismas cuestiones vitales que marcaron su adolescencia. Los abogados de Colting, por su parte, no discutían que *60 Years Later: Coming Through the Rye* fuese una continuación de la historia de Salinger ni que, por tanto, personajes, escenarios, situaciones, etc., se asemejaran y aludieran indudablemente a la novela primigenia, pero escudaban su actuación en la doctrina del *fair use*, en cuanto herramienta ofrecida a los jueces para conciliar casos de fricción entre la libertad de creación y la propiedad intelectual. ¿Cómo justificar que la secuela de Colting se halla amparada por la figura del *fair use*? *60 Years Later: Coming Through the Rye* se presentaba como una parodia del original y del propio Salinger, que era retratado en la novela de Colting como un personaje más de la trama; y, además, se defendía su singularidad como obra eminentemente transformadora. De este modo, *60 Years Later* sería una novela nueva que se apropia de determinados recursos de *El guardián entre el centeno*, para elaborar una obra distinta, paródica y absolutamente transformadora de la original, cuyo mensaje y significado últimos nada tendrían que ver con los de la novela de Salinger.

La juez encargada del caso en primera instancia, Deborah Batts, dejó claro que desde un primer momento que el personaje de Holden Caulfield se encontraba “suficientemente delineado” en la novela de Salinger y que ello le aseguraba su protección por el derecho de propiedad intelectual. El reconocimiento de la propiedad intelectual de J.D. Salinger sobre el personaje de Holden Caulfield había sido duramente rechazado por la defensa de Colting, que llegó a advertir durante el procedimiento que “si los tribunales concedieran a los personajes literarios el tipo de protección que se pide para Holden Caulfield, la ficción se quedaría paralizada en el tiempo”. A partir de ese momento, el

análisis jurídico se centró en esclarecer si la secuela de Colting podía quedar amparada por la doctrina del *fair use*, esto es, sobre si se trataba efectivamente de una parodia “cuyo carácter paródico puede ser razonablemente percibido” o, en su defecto, de una obra que transformaba la original hasta el punto de constituir una nueva, distinta y merecedora de protección independiente.

Al examinar la naturaleza pretendidamente paródica de *60 Years Later*, la magistrada recurre a un precedente judicial relativamente cercano en el tiempo y a primera vista muy similar: el caso “Lo que el viento se llevó”⁷⁴. Este precedente había sido resuelto en 2001 por un tribunal de apelación en Atlanta, que había declarado que la novela de Alice Randall, *The Wind Done Gone*, era una parodia clara del clásico de Margaret Mitchell, *Lo que el viento se llevó* (*Gone with the Wind*). La decisión revocaba además la sentencia del tribunal de instancia, que había prohibido su distribución en Estados Unidos, y sentó jurisprudencia sobre cuándo puede ser calificada una obra como parodia:

“A los efectos del análisis del *fair use*, una obra tendrá la consideración de parodia cuando su objeto sea recapacitar o criticar una obra anterior mediante la apropiación de elementos del original con el fin de crear una obra artística nueva, por contraposición a las obras académicas o periodísticas. Bajo esta definición, el carácter paródico de *The Wind Done Gone* es patente. *The Wind Done Gone* no es un comentario general sobre la Guerra Civil Americana, sino una crítica específica, una réplica ácida, a la representación de la esclavitud y de las relaciones entre blancos y negros que se muestra en *Lo que el viento se llevó*.”

La parodia exige siempre, por tanto, la adopción de un cierto distanciamiento crítico respecto de la obra originaria. El parodista repara en determinados aspectos de la obra originaria que le resultan insulsos, vulgares o de cualquier modo criticables, y los retorna en la obra paródica para mofarse de ellos y someterlos a una revisión crítica e incisiva, valiéndose a menudo de la ironía y el sarcasmo. El producto resultante es,

⁷⁴ Suntrust vs. Houghton Mifflin Co., 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001).

precisamente, una “imitación burlesca”, la forma con la que se refiere el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua a la parodia.

Pero nada de esto percibió la jueza en la novela de Fredrik Colting, que descarta en la sentencia que repetir el mismo ejercicio literario realizado por Salinger en los 50, con la única particularidad de representar las vidas de sus personajes en la vejez, pueda tener algo paródico, y concluye que el propósito de *60 Years Later* no es parodiar o poner en evidencia las incoherencias y extravagancias de Holden Caulfield sino, más bien, satisfacer la avidez de los lectores de Salinger por volver a experimentar esas incoherencias y extravagancias que *El guardián entre el centeno* “había elevado ya al reino de la expresión creativa digna de protección”: “60 Years Later no constituye una réplica ácida o una crítica discernible de ninguno de los personajes ni de las temáticas tratadas por Salinger”, sino que esa intención paródica es más bien “una racionalización *post hoc* realizada a través de vagas generalizaciones sobre la pretendida ingenuidad del personaje original”, con el solo fin de justificar la utilización no consentida. Tampoco el hecho de que Salinger aparezca como personaje en la secuela, y de que en la misma se haga un retrato crítico de su idiosincrasia y de su conocida querencia por la reclusión y la privacidad, sirven para apoyar el carácter paródico de la obra de Colting: según la jurisprudencia estadounidense, el ataque crítico que presupone la parodia ha de ir necesariamente dirigido a la obra misma que se parodia, y no a su autor ni a ningún otro personaje o elemento ajeno a la obra.

Al examinar la naturaleza transformadora de *60 Years Later*, la juez insiste en que si bien es cierto que la inclusión de Salinger en la novela introduce un elemento novedoso, Colting se apropia innecesariamente de elementos enormemente distintivos de *El guardián entre el centeno*, tanto desde un punto de vista sustantivo como estilístico: “ambas obras están narradas en primera persona y desde el punto de vista cínico de un protagonista con frecuencia grosero, que se expresa en un lenguaje vulgar, utilizando eufemismos, haciendo digresiones constantes y asegurando una y otra vez al lector que está tratando de ser sincero y de decir la verdad (...). Aunque los demandados están en lo cierto al afirmar que “tienen derecho a arremeter contra el Sr. Salinger”, entre otras razones porque “el Sr. Salinger no va a autorizar a nadie que escribe un libro en el que se es mezquino con él”, ese derecho no justifica una utilización de la obra del propio

Salinger más que en la medida que sea estrictamente necesaria para evocar eficazmente a Salinger como objeto de crítica o ridiculización”.

La jueza Deborah Batts culmina el análisis sobre la figura del *fair use* alertando sobre los perjuicios potenciales que la distribución de la novela de Colting podría tener para posibles secuelas de *El guardián entre el centeno* creadas o autorizadas por J.D. Salinger, ya que “incluso si el autor se ha negado a publicarlas en vida, tiene derecho a cambiar de opinión y la mera posibilidad de comercializar obras derivadas en el futuro debe ser preservada”.

Desechada la aplicación del *fair use*, la juez otorgó finalmente las medidas cautelares solicitadas por los abogados de Salinger y prohibió la distribución de *60 Years Later* en Estados Unidos. Esta decisión sería más tarde impugnada en apelación y revertida por los magistrados Calabresi, Cabranes y Hall, integrantes de la Corte de Apelación en agosto de 2009, que, sin entrar a valorar las cuestiones de fondo examinadas por Deborah Batts, revocaron la sentencia de instancia por una mera formalidad procesal: la supuesta ausencia de una prueba suficiente que acreditase que la distribución de la secuela en Estados Unidos constituiría un daño irreparable para Salinger.

Pero en diciembre de 2010, tras la muerte de Salinger, sus herederos alcanzaron un acuerdo extrajudicial con los abogados de Colting que puso fin a la contienda. El acuerdo vigente, que tiene fuerza de ley entre las partes, impide a Frank Colting publicar o distribuir ejemplares o libros electrónicos de la secuela en Estados Unidos y en Canadá hasta que *El guardián entre el centeno* entre en el dominio público. Como contrapartida, Colting podrá comercializar el libro en el resto del mundo sin temor a ser demandado, aunque no podrá emplear en su novela el subtítulo “Coming Through the Rye”, ni de ningún otro modo vincularla a Salinger, en su promoción o comercialización.

5.2.3. Consideraciones finales sobre la doctrina del fair use

Puede concluirse que la doctrina del *fair use* legitima los usos derivativos no autorizados con fines artísticos cuando el grado de originalidad de la aportación transformadora es,

de algún modo, sustancial. En este sentido, MUÑOZ VICO⁷⁵ señala que cuanto más transformador sea el uso secundario, menor probabilidad habrá de que la obra derivada sustituya o lesione los derechos sobre la obra original. Desde luego, debe suscribirse la jurisprudencia *Koons vs. Blanch* al afirmar que “cuando el uso secundario añade valor al original utilizando como material bruto y lo transforme a través de un proceso creativo, dotándolo de una información, una estética, una perspectiva y un significado nuevos, estaremos exactamente ante el tipo de actividad que la doctrina del *fair use* quiere proteger y promocionar para el enriquecimiento de la sociedad”.

Se trata, en definitiva, de fomentar los usos transformativos originales y creativos, dando la rienda suelta a aquellas expresiones creativas derivada en las que la nueva aportación sea de tal magnitud que la obra preexistente prácticamente pasa a formar parte de la obra nueva para fundirse en ella y adquirir un significado totalmente distinto. Por estos motivos parece razonable compartir el pragmatismo de la doctrina del *fair use*, la cual, concurriendo determinadas circunstancias, flexibiliza los estrictos requisitos de los límites continentales.

Fuera de los casos que puedan enmarcarse en un uso razonable e inocuo, nos encontraremos ante unos usos abusivos y fraudulentos que deben ser perseguidos y castigados con eficacia, pero las reutilizaciones de material protegido por derechos de autor deben ser enjuiciadas caso por caso, teniendo en cuenta los usos sociales, artísticos o literarios, y sin perder de vista en ningún caso el objetivo de la propiedad intelectual: el fomento de la creatividad y el desarrollo de las artes⁷⁶.

⁷⁵ MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, op.cit, pág. 73.

⁷⁶ MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, op.cit, pág. 72 y 73.

6. Conclusiones

Pese a que voy a centrar mis conclusiones en dos aspectos que me resultan particularmente interesantes, como son la *weapon parody* y la doctrina del *fair use*, no puedo dejar de referirme a la base de este trabajo, que es precisamente el concepto de la originalidad en el derecho de autor. La conclusión a la que he podido llegar es que no existe un consenso sobre qué es realmente la originalidad, ya que su naturaleza puramente subjetiva impide lograr una definición cerrada y satisfactoria. Sí, podemos utilizar multitud de criterios para intentar acotar este concepto, como se ha visto a lo largo de este texto. Podemos diferenciar entre originalidad objetiva y subjetiva, originalidad por la ordenación o la expresión de las ideas, etc., pero a pesar de que indudablemente todas estas perspectivas nos ayudan a obtener una visión general de la originalidad, el asunto es tan vasto y está sujeto en cada caso concreto a tal multitud de circunstancias, que, en mi opinión, es prácticamente imposible dar un concepto legal de esta noción. Parece que lo mejor es, como señalaré más adelante, determinar en cada caso concreto, atendiendo a las vicisitudes del mismo, cuando nos encontramos ante una creación original.

Respecto de la parodia, un aspecto que me resulta especialmente chocante y que me gustaría tratar es la exclusión de la *weapon parody* (la utilización de la parodia de una obra para hacer crítica o satirizar alguna circunstancia social) como límite al derecho de autor. No solo creo que sea una arbitrariedad, en tanto que nada parece indicar que este tipo de parodias no pueda cumplir lo establecido por el artículo 39 TRLPI para operar como límite al derecho de autor (que la parodia no implique riesgo de confusión con la obra original, ni suponga un daño o infiera un riesgo para esta y su autor), sino que también pienso que es un error no darles la misma protección que a la *target parody*, precisamente porque este clase de obras no se dirige únicamente a hacer burla del autor o de la creación en cuestión, sino a aprovechar la misma para plantear cuestiones sustanciales sobre un tema de fondo. Ilustrémoslo con un ejemplo: recientemente una canción del artista estadounidense Childish Gambino llamada *This is America* alcanzó gran popularidad por su controvertida temática y su espectacular videoclip, y surgieron multitud de parodias en la red. Una de ellas, *Esto es España*, del artista David Sainz, parodiaba el tema trasladándolo a nuestro país y dotándolo de una sonoridad más típica

de estas tierras, además de aprovechar su tono (pues el original de Gambino no dejaba de ser una canción protesta sobre las numerosas dificultades que afronta en la actualidad la comunidad afroamericana en los Estados Unidos) para satirizar sobre diversos problemas de nuestra sociedad como la precariedad económica o la corrupción política. ¿No supone esto dotar de una mayor altura creativa a la parodia? Y en ese caso, ¿no merece protección alguna una obra como esta, que no se limita a ironizar con la creación de otro a autor, sino que también la utiliza para plantear cuestiones sobre las realidades que nos rodean?

Creo que en un mundo como el actual, en el que a cada momento que pasa tenemos más medios para desarrollar nuestra vena artística y para transmitir nuestras ideas a los demás, negar a la *weapon parody* (que funciona perfectamente como un medio para conseguir esos fines) el carácter de límite al derecho de autor es un profundo error que deja sin protección obras que definitivamente la merecen.

Por último, me gustaría abogar brevemente por la introducción en nuestro sistema jurídico de la doctrina del *fair use* como sistema de límites a los derechos de propiedad intelectual. Como se ha señalado anteriormente, el sistema de límites que rige en el entorno europeo se articula en torno a una serie de listados cerrados de excepciones a los derechos de autor, que resulta demasiado rígido y poco adaptado a los tiempos que corren, limitando la creatividad de los autores. Por su parte, el sistema anglosajón basa los límites a la propiedad intelectual en la mencionada doctrina, que consiste en la resolución casuística por parte de los jueces y tribunales de las controversias que les presenten basándose en una serie de principios generales.

De esta forma, frente a la rigidez y el inmovilismo del sistema europeo, la doctrina del *fair use* se presenta como una alternativa tremendamente plástica y adaptable al caso concreto, que en mi opinión lleva a resoluciones mucho más satisfactorias y enfocadas en permitir la creación y difusión de obras con un alto potencial artístico. Pienso que la necesidad de continuar con un sistema que viene desde hace un tiempo resultando insuficiente para resolver las diversas problemáticas que surgen en esta materia no es solo sino una manifestación más de la obsesión de nuestro ordenamiento (y los de nuestro entorno) por aferrarse a las leyes y a los legisladores. Los textos legales, por

muy bien redactados que estén, y pese a lo bueno que pueda ser su contenido jurídico, nunca serán idóneos para valorar verdaderamente la originalidad o la creatividad de una obra, que son aspectos altamente subjetivos, únicamente apreciables por el ingenio humano. Por eso, creo que sería altamente beneficioso ya no solo adoptar la doctrina del *fair use* y abandonar las férreas barreras que nos impone el exceso de celo legislativo en esta cuestión, sino también que nuestro ordenamiento diese un poco menos de importancia a los grandes tomos legislativos y dotase a la judicatura de un papel aún más determinante.

Hay quién planteará, como ha hecho la propia jurisprudencia estadounidense, que dejar en mano de los juzgadores determinar el mérito de una obra de arte es una temeridad, y coincido hasta cierto punto. Si bien un juez, cuya formación es (en la mayoría de los casos) exclusivamente jurídica, puede no ser el más capacitado para valorar la calidad u originalidad de una obra, nada impide que se sirva de especialistas en dichas materias para ayudar a formar su juicio, utilizando para ello los medios que los ordenamientos pongan para ello. Hay también quien alzará la voz argumentado lo sacrílego y erróneo de excluir el peso de las normas legales de nuestro ordenamiento y en convertir a los jueces y magistrados en una suerte de legisladores casuísticos. Quizás la respuesta a lo que necesita hacer nuestro ordenamiento con los límites de la propiedad intelectual esté en adoptar una postura intermedia que intente englobar lo mejor de ambos mundos: configurar un sistema en el que sean los jueces quiénes tomen la decisión final, pero apoyados por un orden legislativo que les provea de los medios más adecuados para poder alcanzar la mejor decisión posible.

Bibliografía

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., Código civil, jurisprudencia y legislación, Ed. Trivium, Madrid, 1993.

ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzione de diritto industriale*, Trad. por VERDADERA E., y SUÁREZ-LLANOS, L., Ed. Bosch, Barcelona, 1970.

ARRABAL, P., Manual práctico de propiedad intelectual e industrial, Ed. Gestión 2000, Barcelona, 1991.

BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, y disciplina de la competencia desleal*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios al artículo 10 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios al artículo 11 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir) , *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La parodia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2014.

CASTELLÓ PASTOR, J.J., “Artículo 40 bis. Disposición común a todas las del presente capítulo”, en PALAU RAMÍREZ, F. (dir) y PALAO MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017.

COLOMBET. C., *Grands principes du droit d’auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé*, 2ª ed., Litec y UNESCO, París, 1992.

CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 39. Parodia”, en PALAU RAMÍREZ, F. (dir) y PALAO MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017.

DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.

GARCÍA MIRETE, C.M., *La adaptación de las bases de datos electrónicas internacionales al principio de territorialidad* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2012.

LÓPEZ QUIROGA, J., *La propiedad intelectual en España*, Librería General de Victoriano Suárez, 1918.

MARISCAL GARRIDO FALLA, P., *Derecho de transformación y obra derivada*, Ed. Tyrant Lo Blanch, Valencia, 2013. Epígrafe 4.1.2.1.

MARTÍN SALAMANCA, S., “Artículo 39. Parodia”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, en TORRES RIPA, J. (coord) y GÓMEZ HERNÁNDEZ (coord), *El copyright en cuestión*, Ed. Deusto, Bilbao, 2011.

PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1. Hecho Generador” en PALAU RAMÍREZ, F. (dir) y PALAO MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017.

PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, C., *Derecho de autor: La facultad de divulgación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

ROGEL VIDE, C., “Comentarios al artículo 10 LPI”, Ed. Edersa, Madrid, 1994.

SAÍZ GARCÍA, C. “Artículo 11. Obras derivadas”, en PALAU RAMÍREZ, F. (dir) y PALAO MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho civil, común y foral*, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra., Madrid, 1926.

STROWEL, A., *Droit d’auteur et copyright. Divergences et convergences*, ed. Emyle Bruylant, Bruselas y París, 1993.