

**EL DERECHO DE AUTOR
Y SUS MODALIDADES DE EJERCICIO
EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA
DE PROPIEDAD INTELECTUAL
ESTUDIO DE LOS ARTS. 17 A 21
DE LA L.P.I. DE 1987**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR
JUANA MARCO MOLINA**

**BAJO LA DIRECCION DEL
PROF. DR. FERRAN BADOSA COLL**

**Universidad de Barcelona
Facultad de Derecho
Junio 1992**

**I. SU INCLUSION EN LA ENUMERACION DE LOS
"DERECHOS DE EXPLOTACION" DEL AUTOR**

**1. La incorporación de la facultad de
"transformación" al contenido del
derecho del autor de la obra
preexistente**

La "transformación" constituye una de las nociones más universales de la propiedad intelectual: tanto las propuestas doctrinales, como las soluciones legislativas y jurisprudenciales coinciden sustancialmente. Coinciden en el tiempo: las ideas del siglo XIX se nos presentan hoy simplemente matizadas. Y coinciden en los diferentes ámbitos jurídicos:¹²⁶¹ en todos ellos, nos encontramos ante un idéntico punto de partida: hacer compatible la protección al autor de la "obra preexistente"¹²⁶² transformada (art. 21.1 de nuestra LPI) con la que se quiere asimismo dispensar al autor de la "obra resultante de la transformación" (art.

¹²⁶¹ "In all the countries investigated, legal practice comes without exception to comparable results..." (id. DIETZ, *Copyright...* cit., pág. 34; vid. también pág. 48).

¹²⁶² Rehusamos referirnos a ella como "obra original" (arts. 11.1; 12, final; 39 LPI). Preferimos designarla como obra originaria u "obra preexistente", que es una expresión que utiliza también el legislador de 1987 para referirse a la obra utilizada u objeto de transformación (arts. 9.1.; 21.2., final; 89.1. y 2.; 90.1. LPI), dado que también la obra que resulta o deriva de la transformación de la preexistente participa o puede llegar a participar del carácter de "creación original" (art. 10.1. LPI). Así lo señala BERCOVITZ en su comentario del art. 10 LPI: "La enumeración sirve en principio para todas las categorías generales de obra...Quedan, pues, incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 10 los supuestos de los artículos 11 y 12, tanto en el concepto general de obra como en la enumeración que ejemplifica aquél." (loc. cit., pág. 206).

21,2); y ante una idéntica dificultad: determinar qué es lo que constituye o no "obra diferente" (art. 21,1 "in fine").

Aunque, como ya advertimos previamente y como se pondrá además de relieve a lo largo del presente análisis, puede hablarse de un desarrollo común a los distintos sistemas de la propiedad intelectual en cuanto a la noción jurídica de "transformación", no es menos cierto que la Ley alemana de 1901 (vid. así sus §§ 12, 13), parece haber sido el primer texto legal que incorpora el "derecho de transformación" como tal a la enumeración de los "derechos de explotación"¹²⁶³ que corresponden al autor.¹²⁶⁴ De modo

¹²⁶³ "Quizá la primera construcción jurídica de un derecho general de transformación se debe a la ley alemana de 1901, que extendió a la elaboración o transformación las facultades exclusivas del autor." (así RIVERO, loc. cit., pag. 413).

Cita, además, RIVERO (loc. cit., pag. 412) al alemán y al italiano, como únicos ordenamientos europeos que regulan y reservan al autor "*como derecho de explotación* de su obra la facultad explícita de hacer o autorizar la transformación de su obra original". En cambio, en el Derecho francés la forma de protección de tal facultad es indirecta: como "derecho moral" (art. 6,1 Ley francesa de 1957) y, sobre todo, a través de la categoría de las llamadas "obras derivadas" y "compuestas", que se protegen a reserva o "sin perjuicio" de los derechos del autor de la obra original (arts. 4 y 9,2 de la Ley francesa; comp. arts. 11 párr. 1; 12, final; 21.2. final de nuestra LPI).

¹²⁶⁴ Y sólo al autor: ningún otro de los titulares originarios de los "otros derechos de propiedad intelectual" del Libro II tiene reconocida esta facultad, si se prescinde de la protección que, en la esfera personal, representa el "derecho" del artista intérprete a "oponerse a toda deformación...o cualquier otro atentado sobre su actuación" (art. 107,1). Es más, entre los supuestos de "Límites" o utilizaciones de la obra que no requieren el consentimiento del autor, sólo hay uno que faculta a la transformación de la obra (nos referimos al caso de la "parodia": art. 39); los demás supuestos de "Límites" contemplan sólo utilizaciones libres de la obra protegida por vía de reproducción, distribución o comunicación pública.

paralelo a algunas otras de las facultades de explotación que hoy forman parte de nuestra propia enumeración legal, hemos podido asimismo constatar la influencia que ha ejercido también a este respecto Josef KOHLER; el propio KOHLER, tan remiso en reconocer su participación en la elaboración del citado texto legal,¹²⁶⁵ se preocupa, en cambio, a este concreto respecto, de dejar constancia de su paternidad: "Aus dem gesagten ergibt sich die Berechtigung des Übersetzungsschutzes und des Schutzes gegen Adaptation oder Dramatisierung, sowie die Berechtigung des Schutzes gegen Verarbeitung musikalischer Werke. Die jahrelangen Bestrebungen in dieser Hinsicht haben nun auch zum Ziel geführt in §12 des Autorgesetzes und in den Bestimmungen der Berner Konvention."¹²⁶⁶

KOHLER se esfuerza por demostrar que no sólo la explotación en forma inalterada de la obra (p.ej. a través de su copia o reproducción), sino también la que se realiza tomando de ella sus rasgos esenciales, para proceder a partir de los mismos a la creación de un nuevo objeto, o bien para aplicarlos a otra obra diferente requiere el consentimiento del autor de la obra así utilizada.

¹²⁶⁵ Vid. supra en esta Cuarta Parte el apartado relativo a la LUG (capítulo segundo, I.1.).

¹²⁶⁶ Así en *Urheberrecht an Schriftwerken...* cit., pag. 152. La primera edición de la obra citada data de 1906 (es, por tanto, posterior a la LUG y a la Convención de Berna). Pero tengase en cuenta que en ella se limita KOHLER a reproducir, si bien de modo más sistemático, consideraciones ya formuladas en su también citada monografía de 1880, *Das Autorrecht*.

Para fundamentar la necesidad de que ese tipo de apropiación indirecta quedase asimismo sometido al consentimiento del autor de la obra utilizada, intenta KOHLER dejar establecido cuáles son esos elementos esenciales, individualizadores de cada obra, que constituyen el objeto del exclusivo derecho de su autor y cuáles, en cambio, pueden ser libremente utilizados por cualquiera en una creación diferente. La construcción que realiza KOHLER a este particular respecto se basa en un argumento filosófico, de capital importancia en su momento para la delimitación del objeto del derecho de autor y para la propia configuración de ese derecho de autor como derecho de propiedad. Nos referimos a la tesis de Johann-Gottlieb FICHTE, que ya tuvimos ocasión de exponer en uno de nuestros anteriores capítulos.¹²⁶⁷

KOHLER retoma la ya conocida distinción de FICHTE entre *forma* y *contenido* de la obra, pero la lleva más lejos, al distinguir dentro del elemento *forma* o modo de expresión, único elemento que - desde FICHTE - venía siendo considerado de la exclusiva propiedad del autor, entre una *forma interna* y una *forma externa*.¹²⁶⁸

¹²⁶⁷ Sobre la influencia de FICHTE en KOHLER, vid. el propio KOHLER en *Die Idee des geistigen Eigentums* en AfdcP, 1894 I, Band 82, págs. 141 y s.s.; vid. en concreto pag. 183; y también en *Urheberrecht...* cit. págs. 76-82.

¹²⁶⁸ "Gegenstand des Autorrechts ist ein Sprachgebilde nach seiner äußeren oder inneren Form, nicht die äußere oder innere Form an sich..." (así en *Urheberrecht...* cit., pag. 146).

La *forma externa* coincide en lo sustancial con lo que era en FICHTE la *forma* o expresión exterior concreta de la obra. Al yuxtaponer KOHLER a tal elemento esa llamada *forma interna*, lo que se propone es ampliar en favor del autor el núcleo protegido: la *forma interna* - que no es perceptible independientemente de la expresión formal de la obra, pero que aun así se distingue de ella y del propio contenido de la misma¹²⁶⁹ - radica sustancialmente en el modo de organización y presentación de dicho contenido¹²⁷⁰ que caracteriza igualmente a cada obra. Y ese elemento, en tanto que peculiar y privativo de cada una de ellas y de su autor,¹²⁷¹ merece asimismo quedar reservado al autor de la misma, no pudiendo, en congruencia con ello, ser utilizado sin el consentimiento de éste.

De este modo, conseguira KOHLER que utilizaciones indirectas que, como la adaptación de una obra literaria al genero

¹²⁶⁹ "...etwas, was zwischen der Sprachbildung <que sería la "forma externa"> und der Wahrheit <"contenido"> dazwischensteht. Das ist dasjenige, was ich die *innere Form* genannt habe." (vid. Kohler, *Urheberrecht...* cit., pag. 143).

¹²⁷⁰ Al describir en qué consiste lo que él llama "innere Form" utiliza KOHLER (*Urheberrecht...* cit., pag. 145) expresiones como "eigenpersonliche Darstellungsweise" o "innere Schilderungsweise", es decir, el modo genuino y personal de representación <de una idea o pensamiento>. Resulta difícil hallar en castellano expresiones que, tan gráficamente como las transcritas, nos describan ese mismo concepto de la "innere Form".

¹²⁷¹ "Die innere Form ist die Eigenart jedes Denkers. Wenn er das Ziel und die Wege gefunden hat, so handelt es sich darum, ein Bild von ihnen zu entwerfen und sie zu schildern." (KOHLER, *Urheberrecht...* cit., pag. 143).

dramático, no estaban protegidas en el régimen anterior a la LUG,¹²⁷² o que, como la traducción, lo estaban sólo con reservas, queden plenamente incorporadas al contenido del derecho del autor.¹²⁷³ Hasta entonces se había considerado que ese género de actuaciones sobre la obra ajena no constituían sino libre utilización de su *contenido*, que a todos está permitida, porque dotan a ese *contenido* de una nueva *forma*, respetando, por tanto, la *forma* o expresión concreta de la creación preexistente, único elemento de la creación intelectual hasta entonces protegido. Es KOHLER quien demuestra que, a pesar del cambio de expresión formal, ese tipo de utilidades dejan todavía subsistente la identidad de la obra ajena utilizada, siendo entonces necesario proteger a su autor frente a las mismas.¹²⁷⁴

¹²⁷² Configuraban dicho régimen las "Reichsgesetze" de 1870 y 1876 a las que nos hemos referido ya en diversas ocasiones. Sobre la insuficiente protección al autor frente a las adaptaciones in consentidas de su obra, en dichas leyes y en la doctrina de la época, vid. lo que expone el propio KOHLER (en «Die Idee des geistigen Eigenthums...» cit., pág. 198): "...der Gedanke, daß der Nachdruck in der mechanischen Vervielfältigungsthatigkeit bestehe, in der Verletzung des Autors durch bloßes mechanisches Wiedergeben dessen, was sein Geist geistig geschaffen <hat>, dies wurde die leitende Idee. Aber damit kam man auf Irrwege; die Übersetzungen und Umarbeitungen mußten hiernach vollkommen frei werden, und eine fluchtige Überarbeitung und Umanderung mit volligem Festhalten des Gedankenbildes mußte demnach von dem Vorwurf des Nachdrucks befreien. Von einem Schutze gegen Adaptationen und Utilisationen war keine Rede..."

¹²⁷³ ULMER (op. cit., pág. 268) confirma la influencia de KOHLER en la articulación de un "umfassendes Schutz gegen Adaptationen" en el ámbito germanico y en el internacional.

¹²⁷⁴ "...die Kennzeichnung, die Bewegung der Gedanken, die Entgegensetzung von Licht und Schatten, alles dieses zeigt die Eigenart des Geistes. Und diese Eigenart bleibt, auch wenn das Werk eine andere Sprachform erhält und übersetzt wird: die Übersetzung, in welche Sprache auch immer, läßt die Schilderungskraft und die eigenpersonliche

El párrafo 12 de la LUG¹²⁷⁵ constituye la primera plasmación legal de tales concepciones. El mérito y la novedad de dicha disposición radica, tanto en haber introducido un precepto de alcance general que deja sentado que el derecho del autor se extiende también a la "transformación" ("Bearbeitung") de su obra, como en haber enunciado en especial ("insbesondere") algunas de sus principales manifestaciones, sobre todo aquéllas que, como las mencionadas en nuestro párrafo anterior, se había considerado hasta entonces que no vulneraban el derecho del autor sobre su propia obra.¹²⁷⁶ Aun así, el legislador de

Darstellungsweise des Schriftstellers erkennen..." (vid. KOHLER, *Urheberrecht...* cit., pag. 145).

¹²⁷⁵ Vid. el Apéndice II de este trabajo.

¹²⁷⁶ Vid. cómo la Exposición de Motivos de la LUG hace suyas las tesis de KOHLER: "Über die mittelbare Aneignung (Utilisation, Adaptation) eines fremden Werkes enthält das Gesetz vom 11. Juni 1870 keinen allgemeinen Grundsatz...Regelmäßig wird allerdings die Frage, inwieweit es einem Anderen gestattet ist, ein geschütztes Werk durch freie Bearbeitung sich mittelbar anzueignen, nur nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden sein. Gleichwohl erscheint es richtig, wenn in das Gesetz eine allgemeine Vorschrift aufgenommen wird, die als Richtschnur* für die Rechtsanwendung zu dienen...vermag...Der Entwurf <Proyecto de la LUG> gewährt deshalb, unter Beseitigung aller bisherigen Schranken, dem Urheber gegen die Wiedergabe seines Werkes in einer Übersetzung unter denselben Voraussetzungen und für denselben Zeitraum Schutz wie gegen Nachdruck des Werkes in der Ursprache (§12 Nr. 1). Auf Übersetzungen in gebundener Form <traducción de obras en verso> findet die Vorschrift ebenfalls Anwendung; denn auch die rythmische Bearbeitung gibt...das ursprüngliche Werk wieder." En cuanto a la adaptación de obras de uno a otro género, se la quiere, en congruencia con los argumentos expuestos en nuestro texto, declarar explícitamente incluida en el "Bearbeitungsrecht" del autor: "...durch §12 Abs. 2 Nr 3 <wird> die Dramatisierung einer Erzählung sowie die Umwandlung eines Bühnenwerkes in eine Erzählung für unstatthaft erklärt. Diese Vorschrift beschränkt sich nicht

1901 « muestra partidario de establecer en un tema tan espinoso como el que nos ocupa únicamente un "Richtschnur",¹²⁷⁷ es decir, un hilo conductor, una directriz mínima que oriente la aplicación de los correspondientes preceptos legales, pero que no resuelve los problemas de delimitación y, en concreto, el esencial: ¿cuáles son los elementos de la obra o creación protegida que no pueden ser utilizados en una obra diferente sin consentimiento del autor de la obra preexistente?

2. La delimitación de los elementos protegibles de la obra a transformar

La subdistinción entre "forma interna" y "externa" es en KOHLER todavía embrionaria y, sobre todo, aparece expuesta de modo sumamente casuístico, por vía de ejemplos concretos y matizándola en función de los diferentes géneros de creación intelectual; según estemos ante uno u otro género, será el núcleo reservado al autor más o menos amplio: así, mientras en la obra científica, la protección se ciñe para KOHLER a la *forma*, tanto *interna* como *externa*, y en ningún caso al contenido de la obra,¹²⁷⁸ la protección de las obras

auf die Falle, in denen der Bearbeiter den Hergang vollständig beibehält. Vielmehr greift...das Verbot auch dann Platz, wenn die neue Arbeit auf selbständiger Thatigkeit beruht." (LUG, "Begründung", zu §§. 12, 13, págs. 23-24).

* El subrayado es mio.

¹²⁷⁷ Vid. lo transcrito en nota anterior.

¹²⁷⁸ Vid. *Urheberrecht...* cit., págs. 129; 147; 155 y 142-143: "Seine Aufgabe <de la obra científica> ist die Darstellung einer wissenschaftlichen Wahrheit...Die Wahrheit

literarias y artísticas debe, según él, extenderse incluso al propio *contenido*.¹²⁷⁹

Sin embargo, esta primera aproximación de KOHLER, menos jurídica que estética y filosófica,¹²⁸⁰ será adoptada

aber ist, wie bereits bemerkt, Gegenstand der Entdeckung...und es kann hieran ein Autorrecht nicht bestehen..." Y, sobre todo, *Autorrecht...*, págs. 114-115: "Eine neue Thatsache, eine wissenschaftliche Wahrheit, möge sie der historischen, der descriptiven oder der philosophischen Wissenschaft angehören, ist niemals eine menschliche Schopfung, sondern immer nur ein bereits vorhandenes Wirkliche...Ein wissenschaftliches Autorwerk ist ein kunstlerisches Gebilde von Gedanken durch die Ausdrucksform der Sprache oder eines anderen Kommunikationsmittels, welches Gebilde zwar den Zweck hat, neue Gedanken zu bringen, neue Gedanken zu erwecken; diese Gedanken aber sind, soweit sie nur etwas der Wirklichkeit Angehöriges bezeichnen. frei und rechtlos...".

¹²⁷⁹ "Allein nicht nur die besondere Technik kennzeichnet das Kunstwerk, sondern auch der Inhalt. Denn während beim wissenschaftlichen Werke der Inhalt etwas Entdecktes, eine enthüllte Wahrheit ist oder sein soll, so ist beim Kunstwerk der Inhalt ein Neugeschaffenes und als solches Gegenstand des Autorschutzes. Worin aber das Neugeschaffene besteht, ist ein wissenschaftliches Problem, das nur durch das Zusammenwirken von Aesthetik und Jurisprudenz richtig gelöst werden kann...In der Tat besteht das Wesen des Kunstwerkes, was den Inhalt betrifft, in dem, was das Kunstwerk seinem Inhalt nach vereigenartigt und es von jedem anderen Kunstwerk als etwas Selbständiges und Besonderes ausscheidet. Es ist das, was ich das "imaginare Bild" genannt habe...Im Roman und Drama...das imaginare Bild...besteht in der Art und Weise, wie die Charaktere der Persönlichkeiten <personajes>, entwickelt und in diese bestimmte Fabel hineingestellt, sich aussern. Beim Tonbild aber handelt es sich, wie beim lyrischen Gedicht, um einen Stimmungseindruck der...vor allem durch die Harmonik, durch die rhythmischen Wendungen und durch die zusammenwirkenden Einzelstimmen gekennzeichnet wird." (asi en *Urheberrecht...* cit., págs. 150-151).

¹²⁸⁰ El propio KOHLER es consciente de tal reproche: "Unsere Erzeugungstheorie gibt aber nicht nur eine philosophische Erklärung des geltenden Rechts, sondern sie bietet auch einige schatzbare Winke für die rechtliche Konstruktion: insbesondere bezeichnet sie die Grenzmarken, bis zu welchen wir das Recht austrecken dürfen, ohne uns von seiner philosophischen Basis zu verirren." (asi en *Autorrecht...*

prácticamente por todos los posteriores comentaristas de la LUG¹²⁶¹ y, en particular, por Hans Otto De BOOR, quien se esfuerza, sin demasiado éxito, por completar y dar una formulación más jurídica a la referida distinción.¹²⁶²

cit., pag. 114).

¹²⁶¹ Vid. así RUNGE, op. cit., pag. 108; ALLFELD, op. cit., págs. 158 y s.s. y, en especial pág. 162: "Unter der inneren Form ist zu verstehen die individuelle Art wie der Urheber die seinem Werke zugrunde gelegten Ideen zu Darstellung bringt; also hauptsächlich die Art und Weise der Anordnung, Entwicklung... bei Abbildungen die besondere Art der Verwindung und Vereinigung von Einzelzügen, das Verhältnis der Maßen zueinander, die etwa für das Ganze charakterische Wahl der Farben usw...".

¹²⁶² Así De BOOR, Hans Otto, *Urheberrecht und Verlagsrecht. Ein Beitrag zur Theorie der ausschließlichen Rechte*, Stuttgart 1917. Sobre este tema, vid. págs. 72 y s.s.: 148 y s.s.

Vid. p.ej. pag. 89: "...soweit das imaginare Bild* überhaupt etwas Anderes ist, als der rechtlich unfäßbare Künstlertraum, soweit es im Werke verwirklicht und damit dem Urheberrecht zugänglich geworden ist, ist es identisch mit der inneren Form oder höchstens mit den höheren Staffeln derselben... Entsprechend sind auch beim Werk der bildenden Kunst der äußeren Form alle jene konkreten Einzelzüge zuzurechnen, die auch anders sein könnten, ohne daß dadurch die wesentlichere, die innere Form verletzt wurde. Wenn ferner Kohler mit Recht die Dramatisierung als Änderung der inneren Form anspricht, so dürfte das doch wohl auch in der bildenden Kunst von der Übertragung aus einer Kunstgattung in die andere gelten: die Unterschiede zwischen Skulptur, Malerei und Graphik sind um nichts äußerlicher als der Unterschied zwischen Roman und Drama...".

* Ya vemos en los fragmentos transcritos en notas anteriores, que para KOHLER 'das imaginare Bild' es el *contenido* de la obra literaria, plástica y musical que ha de quedar también protegido cuando se trata de dichos géneros de obras. De BOOR pretende evitarlo, desplazando ese elemento a la *forma interna* de la obra.

Puntualizando en diversos lugares expresiones que, como "das imaginare Bild",¹²⁸³ eran todavía en KOHLER un tanto esotéricas, se propone De BOOR traducir tal distinción a terminos jurídicos: "Auf die Darstellungsweise kommt es an, auf die Art wie die Einzelzüge zu einer Einheit zusammengefaßt, wie sie benutzt sind, um das "punctum saliens" herauszubringen. Der Gesichtspunkt, unter dem sich im Urheberrecht das Problem der inneren Form stellt, ist lediglich die Frage: inwiefern ein Werk mit einem anderen Werk trotz Abweichungen im Einzelnen noch als identisch angesehen werden könne. Mit der Grenze der inneren Form, mit der Art, wie das "punctum saliens" herausgebracht, das heißt der Auffassung durch Dritte zugänglich gemacht ist, ist also die Grenze des Urheberschutzes gegeben."¹²⁸⁴

La distinción entre *forma externa* e *interna* acaba convirtiéndose en un mero subterfugio para evitar declarar que en infinidad de ocasiones el propio *contenido* de la obra deberá quedar protegido.¹²⁸⁵ Así p.ej., cuando por estar a la orden del día la filmación de argumentos de obras

¹²⁸³ Vid. nota anterior.

¹²⁸⁴ Vid. De BOOR, op. cit., pag. 90.

¹²⁸⁵ Lo cual quiere evitarse, por considerar que el derecho de autor se convierte entonces en un obstáculo a la libertad inherente a la propia creación intelectual y a la libre difusión de pensamientos e ideas. Tuvimos oportunidad de referirnos a este género de consideraciones en relación a las tesis de FICHTE.

literarias, quiera el legislador¹²⁸⁶ reservar también al autor tal utilización, que lo es, sin duda, del propio contenido de la obra, la doctrina dirá que estamos ante una protección de la *forma interna* de la obra literaria que ha sido llevada al cine.¹²⁸⁷

No obstante, tal distinción consigue perpetuarse hasta nuestros días y llega a influir en ámbitos como el italiano y, de modo más remoto y tardío, en el nuestro propio. Encontramos así en GRECO,¹²⁸⁸ uno de los autores italianos más citados en el tema de la "transformación" por los

¹²⁸⁶ En la legislación internacional, la filmación de obras se convierte en utilización incorporada al contenido del derecho de autor por la revisión que opera en la Convención de Berna el Acta de Berlín de 13 de noviembre de 1908 (vid. su art. 14). En congruencia con ello, por Ley de reforma de 22 de mayo de 1910,* se incluye en el §12 LUG un nuevo apartado que reserva al autor de la obra literaria dicha forma específica de "transformación". Vid. el apdo. 60. del citado precepto, que se refiere a *die Benutzung eines Schriftwerkes zu einer bildlichen Darstellung, welche das Originalwerk seinem Inhalt nach** im Wege der Kinematographie oder eines ihr ähnlichen Verfahrens wiedergibt.*

* La Ley de 1910 esta incluida en el Apéndice II de este trabajo.

** El subrayado es mio.

¹²⁸⁷ Así, ALLFELD (op. cit., pag. 171): "Von allen Bearbeitungen eines Werkes bringt wohl die Benutzung zur kinematographischen Darstellung die größte Veränderung des Originals mit sich...Insoferne erleidet also auch die innere Form* des Werkes eine namhafte Veränderung...".

* El subrayado es mio.

¹²⁸⁸ Vid. GRECO, Paolo, *I diritti sui beni immateriali*. Torino, 1948.

especialistas de nuestro ámbito,¹²⁸⁹ un trasunto de la distinción que acabamos de exponer. Señala dicho autor como elementos constitutivos de la obra del ingenio "il soggetto o argomento", "il contenuto psichico o ideologico" y la "forma di espressione", elementos que se corresponden respectivamente, como indica el propio GRECO, con los tres miembros de la distinción aquí referida; es decir, el *contenido* ("il soggetto o argomento"), la *forma interna* ("il contenuto psichico") y la *forma externa* de la obra ("forma di espressione"): "Questi tre elementi si compenetrano intimamente fra di loro, ma non al punto da non poter essere nettamente individuati. In un certo senso la connessione è più stretta fra il contenuto psicologico e la forma dell'espressione, ai quali corrisponde la distinzione meno semplice, e forse alquanto esuberante, che fa la dottrina germanica fra l'essenza, la forma interna e la forma esterna dell'opera. Essi infatti formano il vero oggetto del diritto di autore, dato che la protezione in cui questo si esplica e in specie il diritto di esclusiva, non si estende normalmente all'argomento, separatamente considerato.

¹²⁸⁹ Entre nosotros, se remiten a diversas obras del citado autor, BERCOVITZ, en el comentario del art. 10 de la LPI (vid. los *Comentarios...* cit., pag. 209, notas 8 y 11; pag. 211, nota 14; pág. 213, nota 25; pag. 215, nota 30) y RIVERO, en su comentario del art. 21 del citado texto legal (vid. los *Comentarios...* cit., pag. 343 <bibliografía general de sus comentarios a la Sección de los "Derechos de explotación">; pag. 419, texto y nota 16; 427, bibliografía especial sobre el "derecho de transformación").

potendo lo stesso essere utilizzato da chiunque per opere del medesimo o di diverso genere."¹²⁹⁰

Durante la vigencia de la anterior legislación española de la propiedad intelectual, se había hecho eco también de la citada distinción quien ha sido uno de nuestros mejores especialistas (y, desde luego, el más documentado): Hermenegildo BAYLOS CORROZA.¹²⁹¹ Pero, más allá de ese eco doctrinal aislado, no se constata una directa influencia de las tesis expuestas.

Y, sin embargo, se había suscitado igualmente en nuestro ámbito la necesidad de determinar que elementos concretos de la obra intelectual habían de quedar protegidos frente a la actividad de transformación o, más en general, frente a la apropiación ajena.

Así, de los ya citados arts. 64, 67 y 68 del Reglamento de la propiedad intelectual - preceptos a los cuales se había referido el propio KOHLER en términos altamente elogiosos -

¹²⁹⁰ Así, GRECO, op. cit., pag. 155. Incorporan también la citada distinción otros autores italianos, como ASCARELLI (op. cit., pag. 635) y Valerio De SANCTIS (vid. su obra *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Milano 1971, pags. 1 y s.s.; pags. 171 y s.s.), quienes, al igual que GRECO, siguen a KOHLER en la construcción del derecho de autor como derecho sobre un bien inmaterial.

¹²⁹¹ A su obra *Tratado de Derecho Industrial*, citada en otras ocasiones, nos remitimos; vid. pag. 418. Existen también referencias más incidentales y no siempre de primera mano a las tesis de FICHTE y KOHLER en otros autores españoles.

¹²⁹² cabe inducir una protección del "plan". "el argumento" o la "acción" de la obra, lo cual vino además a quedar corroborado por alguna de las múltiples disposiciones de desarrollo dictadas durante el hasta ahora vigente régimen de la propiedad intelectual. Así, una Real Orden de 24 de noviembre de 1926¹²⁹³ había dejado establecido: "...lo que se protege ha de ser siempre obras determinadas y concretas, las cuales, aunque traten de temas universales abordables por todos, constituyen una visión, un orden de exposición que los especifica y diferencia de los demás que puedan hacerse, y que es lo que constituye propiamente el objeto sobre el que recae la propiedad intelectual", añadiendo a continuación: "...el art. 64 del Reglamento...tiene a definir una de las formas de posible defraudación, puesto que seguidamente añade que por tanto, se castigara como defraudación el hecho de tomar en todo o en parte de una obra literaria o musical, manuscrita o impresa, el título, el argumento o el texto para aplicarlo a otra obra, de tal suerte que la usurpación de ese título, ese argumento o ese texto, que no tenían existencia propia e independiente se

¹²⁹² En efecto, de ellos y del propio Reglamento español dice KOHLER, quien no acostumbra a ser precisamente benevolente en sus juicios: "In der spanischen Verordnung von 1880, welche überhaupt zu dem Durchdringendsten <literalmente, - "lo más", en superlativo - "penetrante"; en este contexto, equivalente a "lucido"> gehört, was im Gebiet der Autorrechtsgesetzgebung geschaffen worden ist...". Y reproduce a continuación íntegramente en texto los citados preceptos (vid. su *Urheberrecht*, op. cit., pag. 154).

¹²⁹³ No figura la Real orden transcrita en el "Apendice" de legislación española de ALCUBILLA; la transcribe MOLAS VALVERDE en su obra *Propiedad intelectual...* cit., pag. 322.

efectuara arrebatandolo de una obra que existia previamente y de la que ellos formaban parte."¹²⁹⁴

De dichas disposiciones, resulta que, sin tener que recurrir para ello a las sutiles disquisiciones de la doctrina extranjera, el legislador español, en el régimen anterior, no había tenido inconveniente en declarar protegido el propio *contenido* de la obra.

Tales disposiciones no obedecen, no obstante, a ninguna línea de principio v, por ello, no parece procedente trasladar a nuestro ámbito una distinción de carácter abstracto, como la examinada en este epigrafe.

En el régimen hasta ahora vigente de la propiedad intelectual no había lugar para tales distinciones. Análogamente a como se ha ido constatando para cada una de las facultades o "derechos de explotación" singularmente enumerados en el art. 17 de la vigente LPI, no existía entre nosotros antes de 1987 una regulación autónoma de la facultad o "derecho de transformación" de la propia obra, porque siendo para el régimen de 1879/80 el derecho de autor una propiedad especial, no era necesario enumerar sus singulares facultades, bastando la remisión a las que integran el derecho de propiedad ordinaria (arts. 5 y 37,2 de la Ley de 1879; art. 428 del Código civil).

¹²⁹⁴ A tenor de la ya citada Disposición Transitoria 6a. de la Ley actual, nos parece que cabe igualmente considerar vigente la Real Orden transcrita en texto.

Sin embargo, la idea de "transformación" o, más ampliamente, de apropiación de elementos de una obra intelectual ajena estaba contemplada en nuestro ordenamiento - aun cuando no se la designase con dicho nombre -, bajo los dos aspectos referidos en nuestra introducción: como modificación de la obra ajena que corresponde autorizar o prohibir al autor o dueño de la misma (sólo indirectamente, en los arts. 7o.; 13; 24 y 40 Ley; y más específicamente, en los arts. 5o.; 64; 65; 66,2; 67; 68 del Reglamento); y como título adquisitivo de carácter originario de derechos de propiedad intelectual, para el sujeto que procede a la transformación de una obra ajena (art. 2,2o. y 3o.; art. 14 Ley; art. 4o. del Reglamento).

Lo que no se hacía entonces, a diferencia de lo que a continuación se verá en relación a la Ley actual, era poner en relación o, incluso, referirse a ambos aspectos en una misma proposición legal.

II. LA NOCIÓN DE "TRANSFORMACION" EN LA LPI DE 1967

En los anteriores epígrafes, hemos introducido algunos de los elementos a partir de los cuáles puede construirse una noción jurídica de "transformación". A partir de ahora, se tratará de confrontarlos con una definición de Derecho positivo, como es la que nos ofrece nuestra Ley actual.

La dicción del precepto (art. 21) donde se encuentra la noción legal de "transformación" no evidencia, a diferencia de lo constatado para algunas de las formas de explotación hasta ahora examinadas, ninguna filiación directa respecto a las definiciones ya de otros textos estatales, ya del Derecho internacional, ya de nuestra anterior legislación.¹²⁹⁵ Y, sin embargo, el carácter abierto o por delimitar del concepto definido, así como la universalidad de los problemas que a partir de tal noción se suscitan está asimismo presente en tal definición.

El art. 21 empieza reproduciendo el contenido de un precepto anterior, el art. 11, al señalar "La transformación de la obra comprende...", mencionando de nuevo algunos de los objetos que figuran allí como tipos concretos de

¹²⁹⁵ Vid., sin embargo, el Proyecto de Ley reformando la de Propiedad intelectual, de la II República, cuyo art. 20. si mencionaba entre las "modalidades" comprendidas en el "derecho de autor" la "traducción" y la "adaptación", definidas en los arts. 60. y 70. del citado texto.

"transformación"¹²⁹⁶ y añade a continuación una cláusula extensiva "...y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente." Resulta, pues, que es consustancial a la propia noción de "transformación" la idea de creación de un nuevo objeto.¹²⁹⁷

Ello no constituye una propiedad o característica exclusiva de la actividad de "transformación" o apropiación indirecta de una obra ajena. Algunas otras de las actividades de explotación mencionadas en el art. 17 generan objetos jurídicamente diferenciados de la obra explotada,¹²⁹⁸ sobre

¹²⁹⁶ La repetición que del contenido del art. 1. se realiza en el art. 21 queda confirmada por la justificación con que la Ponencia del Congreso rechazó la Enmienda 145, presentada por el PDP (Grupo Mixto): "La enmienda número 145..., sobre todo en relación con la ubicación sistemática del artículo 21.1. del Proyecto, no parece que pueda aceptarse dado que la Ponencia considera pertinente que, bajo dos ópticas distintas, el contenido de esos dos artículos, 11 y 21, se repita." (vid. el Informe de la Ponencia del Congreso en BOCG de 1987. Congreso, Serie A, no. 14-7, de 22 de abril, pág. 144).

Parecida es la técnica legislativa de las Leyes italiana y alemana, si bien en ellas el precepto correspondiente (art. 18 Ley italiana; §23 UhrG) no vuelve a hacer mención de las formas concretas de "transformación"; en lugar de ello, la Ley italiana se remite explícitamente al precepto que las menciona (art. 40.), y la alemana utiliza directamente en el §23 el término "Bearbeitungen...", con lo cual se está remitiendo implícitamente al precepto que las define (§3).

¹²⁹⁷ "Se requiere...que se *derive** una obra diferente." (así RIVERO en el comentario del art. 21 LPI, en los *Comentarios...* cit., pag. 418).

* Cursiva en el original.

¹²⁹⁸ Así, de la actividad de "reproducción" que consiste en la fijación de una obra en un soporte sonoro o audiovisual surge un nuevo objeto, el "fonograma" (arts. 25.1.; 108.1.; 109 LPI) o la "grabación audiovisual" (arts. 25.1.; 113; 114). Y otro tanto es predicable de algunas de las modalidades de "comunicación pública", como la actividad de "representación o ejecución pública" de una obra (art. 20.2).

los que recaen, además, derechos independientes de los que corresponden al autor de aquélla.¹²⁹⁹ Lo que sí es, en

a)), que determina asimismo la aparición de un nuevo objeto, la propia "interpretación" o "ejecución" (arts. 25.1.; 102,1 LPI; y 534 bis a), 1er. párrafo y 534 bis b), apdo. 1., subapdo. a) del Código penal); también las actividades de "emisión" y "transmisión" (art. 20.2. c) y d)) constituyen un nuevo objeto, al que se designa igualmente como "emisión" y "transmisión" (art. 116.1.) y sobre el que recaen también derechos independientes de los que existen sobre la obra emitida o transmitida.

¹²⁹⁹ Son éstos algunos de los que el legislador español designa como "Otros derechos de propiedad intelectual" o, también, bajo la denominación, habitual en la doctrina especializada y acogida por nuestra propia Ley (vid. Preambulo, párrafo duodécimo), de "derechos afines o conexos" del de autor. Tales expresiones no son, sin embargo, rigurosamente sinonimas. Sólo a los derechos de propiedad intelectual regulados en los Títulos I, II, III y IV del Libro II de la LPI cabe aplicar, en rigor, el calificativo de "derechos vecinos o conexos del de autor", porque son derechos derivados de la interpretación o ejecución o de la producción o difusión de las obras de creación (id. Preambulo loc. cit.); por su contenido, cabe calificarlos asimismo de "derechos afines" al de autor. Aunque regulados en el mismo Libro, representan, en cambio, una categoría diferente, por su diferente fundamento, los de los Títulos V y VI; a ellos cabe aplicarles igualmente el calificativo de "derechos afines" o asimilados al de autor. Pero no son, en cambio, "derechos vecinos o conexos" del derecho de autor, porque no surgen a partir de actividades realizadas sobre la "obra de creación", que den lugar al nacimiento de objetos conexos a ella: en el caso de los derechos reconocidos al "realizador", que no autor (vid. el art. 147.1. de la Ley), de las "meras fotografías" (art. 118), el título constitutivo de tales derechos sería la producción o realización de un objeto que no merece el calificativo de "obra fotográfica", por falta de "originalidad" (art. 118 "versus" art. 10.1. h)). Y al "editor de obras inéditas en el dominio público" (art. 119) se le reconocen sobre la obra editada "los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a sus autores", por haber facilitado el acceso del público a una obra que sin su intervención éste no hubiera llegado a conocer.*

* Lo que se expone en relación al art. 119 es a reserva del segundo párrafo que a tal precepto añade el Proyecto de Ley en trámite, para la reforma de la vigente Ley de Propiedad Intelectual (vid. el BOCG de 1991. Congreso. Serie A, no. 76-1, de 30 de diciembre).

cambio, privativo de la actividad de "transformación" es que el objeto que queda constituido a partir del ejercicio de tal actividad es también "obra", una "obra diferente" (art. 21.1. final).¹³⁰⁰

Es precisamente este elemento el que, desde siempre, ha hecho de la "transformación" o utilización indirecta de una obra ajena preexistente una de las materias más difícilmente aprehensibles desde el punto de vista jurídico.¹³⁰¹

¹³⁰⁰ El mismo esquema es aplicable al derecho del autor a autorizar la incorporación de su obra a otra obra diferente (art. 9.1., final; art. 12) y al derecho del sujeto que a partir de tal incorporación realiza otra obra (art. 12).

¹³⁰¹ "Das Wort und der Begriff "Bearbeitung" sind höchst unglücklich und unklar. Bearbeitung kann dicht unterhalb der freien Benutzung zu eigentümlicher Schöpfung...beginnen und bis hinunter zur mechanischen Wiedergabe gehen und in jedem Falle dem Bearbeiter, zwar "unbeschadet der ausschließlichen Rechte des Originalschöpfers"* , aber doch ein Urheberrecht geben. Hierdurch droht sowohl der wissenschaftlichen Erfassung wie der sachlichen Begrenzung und Festigkeit des Urheberrechts die größte Gefahr. Es ist das Problem der Abhängigkeit, das hier...auftritt."
En estos términos, sintetiza ELSTER (uno de los autores que mas extensamente se ha ocupado del tema**) las dificultades que universalmente suscita el concepto de "transformación" (vid. ELSTER, Alexander, *Urheber-, und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht*, Berlin und Leipzig 1928, pág. 98).

* Entrecorillado en el original porque transcribe el correspondiente precepto de la LUG.

** Vid., además del manual citado, sus estudios monográficos sobre el tema de la utilización de obra ajena en una nueva creación: «Formgebung und Ausdrucksmittel in ihrer Bedeutung für das Recht des Urhebers», en el *Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht* <UFITA>, 1929, págs. 594-615 y UFITA, 1930, págs. 371-391; y «Der Schutz des Autorwerkes als Ausgleich zwischen Urheber und Allgemeinheit», también en UFITA, 1931, págs. 214-257.
Los títulos de los citados trabajos son, desde luego, bien significativos.

De entrada, parece insoslayable la cuestión de hasta qué punto la existencia de un vínculo respecto a una anterior obra ajena (por el hecho de "derivar" de ella: art. 21.1.) permite o no predicar de la "obra resultante de la transformación" (art. 21.2.) el carácter de "originalidad", sobre el que gravita el concepto de "obra" (art. 10.1. LPI) o creación intelectual.¹³⁰²

Si el análisis de tal cuestión resulta, como decimos, inevitable, es porque solo a partir de la conclusión que al respecto se adopte pueden resolverse otros problemas más propiamente jurídicos.

En primer lugar, es necesario detectar un cierto grado de "originalidad" o altura creativa en el nuevo objeto surgido a partir de la "transformación" o apropiación indirecta de elementos tomados de una creación ajena porque, sin él, no podría constatarse la existencia de una "obra diferente" y, en congruencia con ello, debería establecerse que estamos, sin más, ante una difusión - sea en forma de "reproducción", "distribución" o "comunicación pública" - encubierta de la obra originaria o preexistente.¹³⁰³

¹³⁰² "Originalität in allen Dingen ist nicht möglich und wird nicht verlangt; jeder Urheber ist in gewissem Sinne Bearbeiter, aber die Grenze des eigenen gilt es aufzuzeigen und damit zugleich das Wesen des wahren Schaffens" (vid. TER, *Urheber-...und Wettbewerbsrecht*, cit., pag. 98).

¹³⁰³ "...la falta de originalidad suficiente no sólo determina la falta de protección, al no considerarse que se trate de una obra a efectos de la Ley, sino que, además, en su caso puede implicar que la creación realizada constituya

Y, a continuación, en función del grado de "originalidad" que se asigne a la "obra nueva" (art. 9.1.), será posible determinar la relación de mayor o menor "dependencia" (arg. ex arts. 9.1.; 29.2.) que media entre una y otra obra, pudiendo a partir de ahí establecerse en qué términos se

una reproducción in consentida de una obra preexistente, es decir, una infracción del derecho de autor que protege dicha obra preexistente." (asi, BERCOVITZ, loc. cit., pág. 211). Este ha sido, además, desde siempre el razonamiento de todas las decisiones jurisprudenciales que se han enfrentado al tema de la "transformación": siempre que con los elementos apropiados de la obra anterior no se llega a una verdadera creación diferente, hay "defraudación" (y, en su caso, "plagio") de los derechos del titular de la obra preexistente. Vid., además de la STS <Sala 1a.> de 6 de octubre de 1915 (citada en el Capítulo dedicado a la Ley de 1879, epígrafe "Apropiación sucesiva o adquisición del derecho mediante actividad sobre obra ajena"), sentencias más recientes, como la STS <Sala 2a.> de 28 de junio de 1990, Fto. único: "La sentencia impugnada distingue entre reproducciones...tomadas directamente del catálogo similar publicado en Barcelona en 1978 por los querellantes...el catálogo supuestamente plagiado estaba amparado por el correspondiente "Copyright" con prohibición de reproducción y depósito legal...En consecuencia, y siguiendo el hilo del relato probado...ha existido un plagio parcial, con intención específica de usurpar los derechos de autor protegidos, puesto que se ha procurado disimular o disfrazar la acción mediante las manipulaciones referidas en el hecho probado para evitar que a simple vista pudiera conocerse la procedencia." Con mayor profusión, se vale asimismo de tal razonamiento - cuando no hay creación derivada, hay reproducción ilícita y defraudación de los derechos sobre la obra originaria - la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia no. 7 de Barcelona, de 1 de julio de 1991, recaída en el litigio entre la Editorial EDHASA <que nos ha facilitado el texto de tal resolución> y la "Fundació Enciclopedia Catalana": "La editora demandante <EDHASA> denuncia el plagio o copia parcial del "Diccionari General de la Llengua Catalana" <de Pompeu FABRA>, por parte de las demandadas, al publicar y comercializar Fundació Enciclopedia Catalana...la Gran Enciclopedia Catalana...con reproducción ad pedem literam de un elevado tanto por ciento de los artículos, definiciones y líneas de aquél. Y, al consistir tal ataque al complejo haz de facultades que integran el derecho de autor, en la apropiación de la expresión formal de las ideas ajenas con el fin de crear una obra sin esfuerzo intelectual propio..." (Fto. 9o. de la citada resolución).

articula la relación entre los titulares del derecho sobre uno y otro objeto.¹³⁰⁴ ¿Qué significa, en definitiva, la ambigua fórmula con que el legislador español ha querido referirse a dicha relación: "sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente" (arts. 21.2.; 9.2.; 11,1; 12 final)?.

1. El carácter "original" de la creación dependiente

El art. 21.1. de la LPI no impone explícitamente a la obra resultante tal exigencia de "originalidad", pero ya señalábamos en el epígrafe anterior que está la misma implícita, tanto en la remisión a los tipos concretos de "transformación" del art. 11, que participan del concepto general de "obra" formulado en el art. 10, como en la calificación de "obra diferente" que se aplica a ese nuevo objeto de la propiedad intelectual. La única precisión nueva que a este respecto introduce el art. 21 es que a través de la actividad de "transformación" se opere una "modificación en su(la) forma" de la obra preexistente.¹³⁰⁵

¹³⁰⁴ "Hasta dónde llega esa zona de respeto y dónde comience la zona libre, o dicho en otros términos, cuál es el nivel de originalidad, de creatividad, de participación personal del autor de la adaptación o de la modificación, y cuál la individualidad o identidad de la obra original, ésa es la cuestión más delicada." (RIVERO, loc. cit., pág. 417).

¹³⁰⁵ Compárese con el art. 7o. del Proyecto de Ley de reforma de la de Propiedad intelectual de la II República: "El derecho de "Adaptación" se refiere a los arreglos y toda nueva forma* que la obra pueda revestir."

* El subrayado es mío.

Podría pensarse que con ello se ha querido traer a colación la distinción clásica entre "forma" y "contenido" de la obra, de manera que la utilización indirecta que representa la "transformación" (y las actividades que a ella equiparamos de "incorporación" o "inclusión" en otra obra de elementos de la obra preexistente: arts. 9.1.; 12; 32) quedaría legitimada siempre que la obra que "deriva" de ella acredite que no ha habido apropiación de la forma - sea "interna" o "externa" - de la obra utilizada, porque evidencia respecto a ella una "forma" diferente.¹³⁰⁶

Lo cierto es que, no obstante los servicios prestados a la propiedad intelectual por la tesis que contrapone la "forma" y el "contenido" de la obra, en sus distintas variantes, y a los que no procede aludir aquí de nuevo, hace ya tiempo que dicho criterio, si bien no ha quedado en absoluto relegado, se revela insuficiente como síntoma de la "originalidad" de una obra.¹³⁰⁷

¹³⁰⁶ Así parece entenderlo RIVERO: "La modificación (pues debe haberla para que haya transformación) ha de ser sólo en la forma, no en la sustancia o en la idea esencial. No distingue <el art. 21.1.> entre forma interna (disposición, construcción, diálogos) y forma externa (expresión, estilo, prosa o verso, pintura al fresco, al óleo o acuarela), luego creo que ambas pueden verse afectadas, con tal de que varíen sólo los elementos formales..." (así, RIVERO, loc. cit., pág. 418).

¹³⁰⁷ Así, ya en los años treinta, ELSTER (en *UFITA* cit., 1931, pág. 247): "Die Abgrenzung zwischen Idee und Form beim Urheberrechtsschutz ist verhältnismässig selten Gegenstand eines Prozesses. Dazu ist die Abgrenzung wohl zu schwierig...".

Y, en la actualidad, prácticamente todos los especialistas sobre la materia por unanimidad: ULMER op. cit., págs. 120-121; HUBMANN, op. cit., pág. 38; y, además, SCHULZE pag. 772 y BAPPERT, pág. 371 <la referencia completa de las obras de estos dos últimos autores la damos en notas posteriores>.

El principal problema que plantea la determinación del carácter "original" de la obra derivada¹³⁰⁸ o secundaria es que, hasta cierto punto, obliga o, mejor dicho, obligaría a formular en el plano jurídico juicios de valor en torno al mérito o calidad de la obra. Y eso es algo que, en línea de principio, casi todos los sistemas o regulaciones de la propiedad intelectual se resisten a hacer:¹³⁰⁹ el criterio

En nuestro ámbito, vid. BERCOVITZ (loc. cit., pag. 213): "...semejante generalización <forma-contenido> es incorrecta por excesivamente simplificadora. Hay que tener en cuenta que en muchas obras es difícil o imposible diferenciar entre forma y contenido. Otras veces hay que admitir que todo es forma, puesto que no se pretende comunicar información alguna; así ocurre con la música. Hay que tener en cuenta que hay obras en las que determinados contenidos también quedan protegidos. Así ocurre en las obras narrativas...en las que se incluye y protege el argumento, los personajes, los ambientes, las escenas. Finalmente, también hay que tener en cuenta que a veces la misma forma original carece parcialmente de protección. Tal es el caso de la pintura si se admite la libertad de copia de la misma. Tal es el caso de una melodía si se admite la libre utilización de la misma para variaciones musicales..."

Entre los textos de Derecho positivo, sólo la Ley alemana - acoplándose a "was zur Zeit schon in Rechtslehre und Rechtsprechung unter "Werke" verstanden wird" - se distancia explícitamente de la contraposición tradicional entre "forma" y "contenido": "Als persönliche geistige Schöpfungen <vid. §2 (2) UhrG> sind Erzeugnisse anzusehen, die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch die Verbindung von Inhalt und Form etwas Neues und eigentümliches darstellen." (vid. UhrG "Begr." zu §2, pag. 252).

¹³⁰⁸ Vamos a servirnos a partir de ahora de tal designación, generalizada desde hace tiempo en la doctrina, incluso en nuestro ámbito (vid. por todos, PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios al Código civil...*, cit. págs. 749 y s.s.), ya antes de la entrada en vigor de la Ley actual, que, si bien no utiliza directamente tal calificativo, se vale del verbo "derivar(se)" en el primer párrafo del art. 21.

¹³⁰⁹ "La relatività del carattere creativo <vid. el art. 40. de la Ley italiana> si rivela soprattutto nella valutazione della sua varia entità...Probabilmente il non contenere le leggi dei vari Paesi alcuna discriminazione e classificazione dei tipi di opere secondo un criterio di

del mérito o calidad de la obra está desde hace tiempo¹³¹⁰ excluido como criterio de determinación de los objetos protegibles por el derecho de la propiedad intelectual.¹³¹¹

Este es asimismo el modo de proceder de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, como se desprende de sus arts. 10. ("La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor *por el solo hecho de su creación*"); 5.1. ("Se considera autor a la persona natural *que crea alguna obra...*"); y 10.1. ("Son objeto de propiedad intelectual *todas las creaciones originales...*").¹³¹²

valore creativo, costituisce una imperfezione del regime dei diritti di autore..." (así GRECO, op. cit., pag. 159). El término "creativo" que utilizan tanto la doctrina como la Ley italiana de 1941 es sinónimo de "original", según nos permite saber la interpretación auténtica que de dicho vocablo nos proporciona el principal artífice y ponente de tal Ley, Eduardo PIOLA-CASELLI (vid. su artículo «Zur Rechtsgrundlage des Urheberrechts nach italienischer und deutscher Auffassung» en *UFITA*, 1942, págs. 152 y s.s.).

¹³¹⁰ En nuestro ámbito, el último texto legal que recurre a tal criterio es la Ley sobre propiedad literaria de 10 de junio de 1847. Vid. así su art. 11.2, que exige del requisito, que previamente impone el art. 11.1, del "permiso del autor" para hacer un extracto ó compendio de su obra "si el extracto o compendio fuese de tal mérito é importancia, que constituyese una obra nueva, ó proporcionase una utilidad general...". Ya no se echa mano, en cambio, de tal criterio ni en la Ley de 1879 ni en su Reglamento.

¹³¹¹ Así, expresamente en la Ley francesa de 1957. Vid. su art. 20.: "Les dispositions de la présente loi protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre...le mérite ou la destination." En el mismo sentido también, el art. 20. de la Ley portuguesa de 17 de septiembre de 1985.

¹³¹² También el nuevo Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual (vid. Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, BOE no. 269, de 9 de noviembre de 1991) prescinde de cualquier tipo de criterio discriminatorio.

Sin embargo, es evidente que de este modo se llega a una excesiva amplitud de la protección que se dispensa por vía de propiedad intelectual.¹³¹³ Para que tal protección sea operativa, debería,¹³¹⁴ en cambio, exigirse al objeto que

¹³¹³ "E' opinione dominante, seguita specialmente in giurisprudenza, che basta anche un minimo di carattere creativo...perchè l'opera possa essere tutelata dal diritto d'autore...onde si fanno rientrare nel regimo di quest'ultimo anche opere in cui può dirsi quasi insignificante l'originalità così del pensiero come della forma di espressione, ciò che accade molto spesso in materia di indici, cataloghi, guide, orari, cartelli di pubblicità, ecc..." (así GRECO, id. op. cit.).

En el mismo sentido, DIETZ, quien señala que la extensión de la protección a objetos de escasa originalidad o valor creativo constituye un fenómeno común a casi todos los sistemas de la propiedad intelectual (vid. su *Copyright...* cit., pág. 34).

¹³¹⁴ Pues de no ser así, "...<se> constituiría un verdadero estanco de temas y de ideas, que por el hecho de haber sido registradas no podrían utilizarse lícitamente por otras inteligencias..." (así se expresaba, para nuestro anterior régimen de la propiedad intelectual, la Real Orden de 24 de noviembre de 1926, relativa a la inscripción de obras literarias como argumento para una película aún no realizada; vid. su Cdo. 10.). En el mismo sentido se había pronunciado la Resolución de 21 de marzo de 1901, de la Subsecretaría del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes (ya citada supra Tercera Parte, capítulo cuarto, I., 1. y 2.), para rechazar, por su escasa entidad creativa, la inscripción de unos modelos de esquelas funerarias. Vid. su Cdo. 80.: "...de prosperar en definitiva las inscripciones provisionales de las esquelas o fórmulas presentadas por los hermanos Clemot de Campos, quedarían fuera del dominio de las gentes en que hoy lo están esa clase de trabajos, creándose en favor de aquéllos un monopolio..."; y su Cdo. 90.: "...tratándose de fórmulas vulgares y de uso común para participar los acontecimientos a que se contraen, sin originalidad alguna, no sólo quedarían reducidos los Registros de la propiedad intelectual a oficinas anunciadoras sin sustantividad en una esfera tan impurtante del dominio privado, sino que su función podría quedar relegada a dar patentes de privilegio a unos industriales en perjuicio de otros, impidiendo sin razón derecha la libre competencia entre todos..."

pretenda ser protegido como obra un determinado índice de altura creativa, por mínimo que sea éste.¹³¹⁵

La eterna dificultad es y sigue siendo a este respecto, sobre todo cuando de obras derivadas se trata, cómo fijar y dónde situar ese mínimo de altura creativa.

Nos hemos encontrado con que la resolución de tal interrogante pasa, una y otra vez, por la interpretación que en doctrina y jurisprudencia se asigna al término "original", término que no sólo tiene un valor metajurídico, como ya apuntábamos en nuestro anterior epígrafe, sino que además es equivoco: una obra y, sobre todo, la obra que

¹³¹⁵ Se acostumbra a señalar que el mínimo exigido para obtener protección por vía de reconocimiento de derechos de propiedad intelectual es muy bajo. Así, lo indica p. ej. TROLLER sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán: "Der BGH <Bundesgerichtshof> hat den urheberrechtlichen Schutz bejaht...weil kein zu hoher Maßstab anzulegen ist...die formgebende künstlerische Tätigkeit des Bearbeiters nur geringen künstlerischen Rang aufzuweisen hat..." (vid. TROLLER, op. cit., pag. 393 nota 140). Vid. además SCHULZE, Gernot, «Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht», en *GRUR* 1987, págs. 769 y s.s.; vid. pag. 770: "Nach herkömmlicher Meinung ist die kleine Münze* weitgehend urheberrechtlich geschützt. Ausgangspunkt hierfür sind...grundsätzlich geringe Anforderungen an die Schutzfähigkeit, damit ein Großteil durchaus schutzbedürftiger Leistungen nicht schutzlos bleibt. Lediglich im Bereich der angewandten Kunst werden strengere Anforderungen verlangt, weil es hier für die geringwertigen Schöpfungen das Geschmacksmustergesetz gibt..."

- * "Kleine Münze" (equivalente a "calderilla") es una expresión con la que se designan las obras menores u objetos de escaso valor creativo (como catálogos, calendarios, guías de ópera, etc.), popularizada por ELSTER. Vid. así su manual *Urheber- und ...Wettbewerbsrecht* cit., pag. 86: "Dabei aber ist es gleichgültig, ob es große oder kleine Münze ist, was da geschaffen ist...Daß geistige Tätigkeit aufgewendet sein muß, wird verlangt, aber ob das in größerem oder geringerem Maße geschah, ist gleichgültig..."

"deriva" (art. 21.1.) de otra, ¿es "original" porque constituye un resultado objetivamente "nuevo", "peculiar" o "singular" - he aquí el término "original" en su acepción objetiva¹³¹⁶ - respecto a la obra preexistente, o antes bien, porque demuestra ser un objeto "propio" o "genuino", "individual", "personal" o representativo de un determinado sujeto - acepción subjetiva del término "original"¹³¹⁷ -?. Cada una de dichas acepciones representa un índice por el que puede medirse el carácter "original" y, en definitiva, el carácter de "obra diferente" que ha de reunir la obra que ha sido creada a partir de la utilización de una obra ajena.

¹³¹⁶ "La exigencia de *originalidad* de la obra puede entenderse de diversas maneras. Me inclino por entender que con ella se hace referencia a la novedad objetiva de la obra." (así, BERCOVITZ en su comentario del art. 10 LPI, en los *Comentarios...* cit., pag. 208). Vid. también loc. cit., pags. 210; 211 y, sobre todo, pág. 213: "Se trataría, pues, de insistir en la extensión ilimitada del ámbito objetivo del derecho de autor, siempre que tenga lugar una creación espiritual novedosa formalmente, una creación capaz de inspirar o comunicar ideas o sentimientos a través de una forma de expresión nueva."

En la doctrina anterior a la Ley actual, vid. análoga interpretación en PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, loc. cit., pags. 756-757.

¹³¹⁷ "En conclusión, son cuestiones distintas la originalidad y novedad, admitiéndose de forma clara que una creación, pese a no ser novedosa, cumple el requisito necesario para ser considerada como objeto de protección" (así, PEREZ DE CASTRO, Nazareth, comentario de los arts. 86 y s.s., en los *Comentarios...* cit., pág. 1199). En el mismo sentido, vid. BONDIA ROMAN, op. cit., 194-199. Y en la doctrina española anterior a la Ley vigente, vid. PUIG BRUTAU (op. cit., pag. 217) y BAYLOS CORROZA (*Tratado...* cit., pags. 571; 628; 640-641).

En la Ley alemana de 1965, existe un claro pronunciamiento a favor de la originalidad subjetiva.¹³¹⁸ A continuación de

¹³¹⁸ Por su parte, en Francia, la Ley sobre propiedad literaria de 1957 no utiliza el término "original", porque la consabida enumeración de las obras protegidas no va seguida de una definición en abstracto de la expresión "oeuvres de l'esprit" (vid. su art. 30.). Sin embargo, la doctrina francesa más representativa es declaradamente partidaria de una interpretación en sentido subjetivo de la exigencia de originalidad (así, tanto DESBOIS, op. cit., págs. 5 y s.s.; 80 y s.s.; como COLOMBET, op. cit., págs. 36 y s.s.): "...est donc non seulement originale l'oeuvre créée ex nihilo, mais aussi l'oeuvre créée par contemplation d'une oeuvre préexistante: aussi bien une copie de tableau ou de sculpture par un disciple dans l'atelier du maître sera encore originale, car la personnalité du copiste n'aura pu entièrement disparaître lors de l'exécution; l'originalité est rarement déniée à une création littéraire ou artistique; elle a un caractère subjectif." (así, COLOMBET, op. cit., pág. 36).

En la Ley italiana de 1941, no se utiliza tampoco el término "original", pero ya señalamos en una nota anterior de este mismo epigrafe que el término "creativo" con el que se define la noción de "obra" en dicho texto legal (vid. sus arts. 10. y 40.) implica asimismo una exigencia de "originalidad". Donde ya no existe acuerdo es sobre si esta ha de ser interpretada en sentido objetivo o subjetivo. De las consideraciones de PIOLA-CASSELLI en el citado trabajo, publicado con motivo de la promulgación de la Ley italiana en 1941 y, sobre todo, de un artículo del Profesor de Leipzig, Lutz RICHTER, consagrado asimismo a la entonces reciente Ley italiana y que figura en la misma publicación que el de PIOLA, se desprende que el requisito del "carattere creativo" es paralelo a la interpretación alemana del carácter personal o individual de la obra: "Denn Schöpfungen eigenpersonlicher Prägung" und "Geisteswerke von schöpferischer Bedeutung" <trasunto en lengua alemana de la expresión italiana "carattere creativo">, bei denen die "Schöpfung als besonderer Ausdruck der geistigen Arbeit" <traduce el art. 60. de la Ley italiana> den Grund des Rechtserwerbs bildet, sind nur zwei nebeneinander mögliche, ja in den Hauptpunkten übereinstimmende Beschreibungen für den gleichen Hergang. Hauptwort ist beidemale die Schöpfung, der das Werk seine Entstehung verdankt, und eine eigenpersonliche Prägung kann das Werk gewiß nicht ohne geistige Arbeit des Urhebers erlangen." (vid. RICHTER, Lutz, «Urheberrecht und Arbeitsrecht» en *UFITA*, 1942, págs. 169-179; vid. pag. 175).

Hay, sin embargo, autores italianos, como GRECO, quienes interpretan la exigencia de "originalidad" o "carácter creativo" de modo ambivalente, tanto en sentido objetivo (así, op. cit., pág. 157: "Espressamente richiesto dalla legge è il carattere creativo dell'opera (art. 2575 c.c., art. 1 L.A.), vale a dire che in questa si debba riscontrare nell'ordine esclusivo della realtà concettuale o spirituale

la consabida enumeración no exhaustiva de las clases de obras protegidas, que aparece en casi todos los textos estatales e internacionales de la propiedad intelectual, se intenta una formulación abstracta del concepto de "obra": §2 (2) UhrG "Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur *personliche* geistige Schöpfungen", enlazando con tal noción la definición que a continuación se realiza de la obra derivada de otra u otras en los §3 (equivalente a nuestro art. 11): "Übersetzungen und andere Bearbeitungen eines Werkes, die *personliche* geistige Schöpfungen des Bearbeiters sind..."; y §4 (equivalente a nuestro art. 12): "Sammlungen von Werken oder anderen Beiträgen, die durch Auslese oder Anordnung eine *personliche* geistige Schöpfung sind..."¹³¹⁹

(e perciò comprensivo anche dell'*immaginazione fantastica*) un *quid novi*, frutto di un originale contributo psichico dell'autore"), como subjetivo (asi, op. cit., pág. 155: "...e di regola in quest'ultima <forma de la obra> che si concentra l'impronta caratteristica e individualizzante dell'opera, che si manifesta per lo più e più spiccatamente il suo carattere creativo").*

* Comillas y cursiva como en los originales transcritos.

¹³¹⁹ Definición legal que es congruente con la noción de "obra" en la que, desde el siglo XIX, coinciden todos los autores alemanes, incluso quiénes como von GIERKE y KOHLER representan tesis contrapuestas en la concepción general del derecho de autor. Comp. así, von GIERKE, *Deutsches Privatrecht...* cit., pág. 770: "Es muß sich <das Werk> als originale geistige Schöpfung offenbaren, die so nur aus der Arbeit eines bestimmten persönlichen Geistes hervorgehen konnte."; y KOHLER, *Autorrecht...*, pág. 197: "Aus dem Erfordernis der künstlerischen Tendenz des Erzeugnisses folgt endlich als letzte Voraussetzung der Individualismus, die konkrete Gestaltung des Werkes...". Como autores más representativos de la doctrina en torno a la LUG, vid. ALLFELD, op. cit., pág. 26; pág. 33: "Ein Erzeugnis individueller geistiger Tätigkeit..."; De BOOR, op. cit., pág. 80: "...daß das Werk eine individuelle geistige Schöpfung sei."; y ELSTER, *Urheber-... und Wettbewerbsrecht* cit., pág. 93: "Damit Schriftliches zum "Werke" werde, müsse in ihm eine "individuelle geistige Tätigkeit" wirksam geworden sein, eine "selbständig schaffende, würdigende

No puede saberse, en cambio, de entrada bajo qué acepción está siendo utilizado en nuestra Ley de Propiedad Intelectual el término "original" del que depende que un objeto merezca o no la calificación de "obra".¹³²⁰ Al margen de que pensamos que, jurídicamente, tal dilema no admite una

Geistesarbeit", ein Ergebnis "personlicher Schaffenskraft...". En la doctrina actual, vid. por todos HUBMANN, op. cit., pág. 36: "Das Werk ist also eine Ausdrucksform des individuellen Geistes"; ULMER, op. cit., pág. 127: "Für die Schutzfähigkeit genügt die Individualität des Werkes, die auf dem persönlichen geistigen Schaffen beruht."; y SCHULZE, loc. cit., pág. 772: "Das Erfordernis der persönlichen geistigen Schöpfung (§2 Abs 2 UrhG) verlangt darüber hinaus eine bestimmte Gestaltungshöhe, Schöpfungshöhe oder Individualität."

¹³²⁰ Además de que, en sentido análogo a lo expuesto en relación al término legal "reproducción" (arts. 17 y 18 LPI), tampoco parece que el término "original" esté siendo siempre utilizado bajo una misma acepción. Como ya indicamos en una nota anterior (), en los arts. 11 y 12 el calificativo "original" se aplica sólo a lo que es la obra preexistente u originaria, mientras que en el art. 10 el término citado sirve a la definición general de "obra" intelectual, sin establecer ningún tipo de discriminación en cuanto al carácter originario o secundario de la creación protegida. Así lo confirma BERCOVITZ, quien critica tal desajuste en su comentario del art. 12 LPI: "En lo que el artículo 12 debía haber insistido es en la exigencia de que la selección o disposición de las materias constituya una creación original <en el sentido del art. 10>, precisamente porque - como he dicho - es escaso el margen que existe en estos casos para la originalidad...el texto del artículo sigue refiriéndose a las obras originarias o independientes como obras originales. Si se hubiese exigido que las obras <derivadas o secundarias> fuesen originales (como yo creo, por lo dicho, que habría sido lo correcto), se habría producido una repetición en la parte final del artículo poco afortunada: "...<...>que...<...> constituyan creaciones *originales*, sin perjuicio, en su caso, de los derechos de los autores de las obras *originales*."* (vid. los *Comentarios...* cit., pág. 257).

Vid. además el empleo del término "original" como sustantivo en los arts. 19,1; 56,2 y 64,60. de la Ley; bajo la misma acepción, pero como adjetivo, vid. el art. 93.2. LPI

* Entrecorrido y cursiva como en el original.

respuesta concluyente,¹³²¹ tanto una como otra solución presentan inconvenientes.

Si la obra derivada, para ser objetivamente "original", requiere un determinado grado de novedad, ¿quién y cómo fija ese "quantum" de novedad exigible, que es evidente, además, que no podrá ser igual para todas las clases de obras?¹³²² Y, sobre todo, ¿a menor novedad, menor derecho? No es ése desde luego el punto de vista que se sigue en nuestro ordenamiento, donde tanto ahora (arts. 10.; 50.; 10 y 21.2.

¹³²¹ Y, por si fuera poco, como intentaremos demostrar en nuestro siguiente epigrafe, ni siquiera una respuesta taxativa sirve para obviar las dificultades que plantea la coexistencia entre la obra preexistente y la que resulta de ella.

¹³²² Se nos ocurre, además, que al exigir que la "originalidad" se traduzca en un mínimo de novedad objetiva se podría, por esta vía, legitimar el "plagio". Es consustancial a la noción de "plagio" (si prescindimos del raro supuesto de la "apropiación inconsciente"; vid. más adelante nota) que a la apropiación de elementos de la obra ajena se una el intento de simular o encubrir la procedencia ajena de lo apropiado mediante modificaciones, supresiones, y demás manipulaciones de la obra utilizada. Vid. así los argumentos de la citada STS de 28 de junio de 1950, Fto. unico: "...ha existido plagio parcial, con intención específica de usurpar los derechos de autor protegidos, puesto que se ha procurado disimular o disfrazar la acción mediante las manipulaciones referidas en el hecho probado para evitar que, a simple vista, pudiera conocerse la procedencia."

Es decir, por vía de cambios o diferencias deliberadamente buscadas (arg. ex art. 67 Regl. de 1880) entre la obra ajena preexistente y la - sedicente - "obra nueva", que indebidamente -es decir, sin verdadero esfuerzo creativo de parte de quien se presenta como su autor - utiliza aquella, puede haberse consumado un fraude y una usurpación de la máxima gravedad: "...auf dem Wege von der primitiven Abschreibetechnik bis zur gewandten geistigen raffiniert verhüllten Piraterie liegen zahllose Schattierungen" (asi, RUNGE, op. cit., págs. 66-67. En el mismo sentido, vid. también KOHLER, *Urheberrecht...* cit., págs. 141, 142 y sobre todo 154; De BOOR, op. cit., pag. 84; ULMER, op. cit., pag. 163).

LPI), como en el anterior régimen de la propiedad intelectual (vid. el art. 2o. de la Ley de 1879 y el art. 5o. de su Regl.) se quiso proteger en pie de igualdad al autor de la obra originaria o preexistente y al autor de las obras creadas a partir de ella.¹³²³

Pero, por otro lado, no toda obra tiene posibilidades, ni por su contenido, ni por el margen de libertad creativa de que dispone su autor (que es reducido en el caso, p.ej., de las "obras aplicadas": art. 10.1. e) "in fine" y art. 46.2.

¹³²³ A este respecto, sí existe una clara toma de posición por parte de los artífices de la Ley actual. Las Enmiendas 145 y 157 del PDP (Grupo Mixto) en el Congreso propugnaban una sustitución de la fórmula de los arts. 11 y 21 del Proyecto: "Sin perjuicio de los derechos de autor de la obra original...", por la de "Subordinados* a los derechos del autor sobre la obra original, cabra reconocer derechos a los que la transformen...". Durante la discusión del Proyecto de Ley en la Comisión de Educación y Cultura del Congreso, el Portavoz del citado Grupo defendió su Enmienda 145 en los siguientes términos: "...se va a complicar la tarea judicial posterior porque se van a encontrar situaciones con confluencias de derechos. De ahí nuestra insistencia en que se marque el predominio* de los derechos del autor sobre la obra original. Por eso insistimos en el término 'subordinados'."*

Fue entonces cuando el Portavoz del Grupo Socialista tuvo ocasión de pronunciarse al respecto: "...no aceptamos que se diga que estos derechos son subordinados a los de autor...Nosotros entendemos que la expresión "sin perjuicio de"* es una expresión valorativamente neutra, mientras que la expresión "subordinados a"* es una expresión valorativamente negativa. Esa negatividad a nosotros no nos parece bien porque creemos que en la transformación de una obra, por ejemplo en su traducción, hay una intervención creativa...hay que tener sensibilidad y aspectos de creación en la nueva lengua que constituyen la traducción en una auténtica recreación y no en una creación subordinada.*" La discusión referida se saldó con el rechazo de las Enmiendas citadas (vid. el Diario de Sesiones del Congreso de 1987. Comisiones, no. 128, de 12 de mayo, pags. 4821-4822).

* Los subrayados son míos; el entrecorillado está en el original.

b) LPI)¹³²⁴ de poner de manifiesto la personalidad de quien las concibe y realiza (vid. el art. 2º. del Regl. de la prop. int.)¹³²⁵

Siendo así, la elección de cualquiera de dichas opciones interpretativas radicará entonces en su mayor aptitud para resolver supuestos límite. Bajo este punto de vista, nos inclinamos antes por una interpretación en sentido subjetivo del término "original".¹³²⁶

Si, como propugnamos, toda obra y, por tanto, también la obra derivada, se protege en tanto que objeto que demuestra ser propio, individual o característico de un determinado

¹³²⁴ "Vielmehr muß das Durchschnittskönnen bei denjenigen Werken deutlich uberragt werden, die normalerweise technisch- bedingt, sachgemäß und zweckmäßig, nicht aber gestalterisch besonders sind. Wer hingegen einen Roman schreibt, ein Bild malt oder ein Lied komponiert, dem steht ein so immens großer Spielraum für nicht vorgegebene Gestaltungen offen, daß er normalerweise eine individuelle, nicht aber eine bloß technisch-bedingte Form findet." (así, SCHULZE, loc. cit., pag. 776).

¹³²⁵ "Eine Prägung durch den Urheber in dem Sinn, daß das Werk die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegelt, findet sich zwar bei Werken der Literatur und Kunst. Über solche Meisterwerke geht aber der urheberrechtliche Schutz weit hinaus. Für die Schutzfähigkeit genügt die Individualität des Werkes, die auf dem persönlichen geistigen Schaffen beruht." (vid. ULMER, op. cit., pag. 127).

La Exposición de Motivos de la Ley alemana de 1965, formula análogas consideraciones en torno al concepto de "obra" del §2 (2) del citado texto legal (vid. UhrG "Begr.", zu §2. pag. 252).

¹³²⁶ La opción que defendemos resulta ser, además de la mayoritaria, la que mejor apoyo encuentra en los textos legales (así parece reconocerlo el propio BERCOVITZ: vid. loc. cit., pag. 208, nota 6) y también la de mayor tradición en el ámbito de la propiedad intelectual.

sujeto, ¿dónde se halla el elemento genuino o individualizador si el nuevo resultado consiste en una pura recopilación o "colección" de obras preexistentes ajenas o de elementos singulares tomados de ellas (art. 12 LPI)?¹³²⁷ El hecho de que incluso en tales supuestos pueda seguir manteniéndose el carácter "original" del resultado que representa dicha síntesis de elementos ya existentes, no nuevos, constituye para nosotros el mejor argumento en favor de una interpretación en sentido subjetivo de la expresión legal "creaciones originales".

Partiendo, pues, del citado supuesto ¿qué es lo que constituye o dónde radica el último reducto de la "originalidad" de una obra? En la propia "selección o disposición de las materias" de que la misma se compone, tal y como expone el art. 12 citado. A partir de unos mismos elementos o "materias", las posibilidades de "selección" y "disposición" de las mismas serán tantas como sujetos realicen dichas actividades y otras tantas son las posibilidades de llegar a crear de este modo una "obra diferente".¹³²⁸

¹³²⁷ Vid. además el art. 2.5. del Convenio de Berna, de donde procede el citado art. 12 de la LPI española, así como el también citado §4 UhrG; el art. 3 de la Ley italiana y el art. 4.2a. parte de la Ley francesa.

La citada disposición fue incorporada al texto de la Convención de Berna en la Conferencia de Bruselas de 1948 (vid. el texto surgido de dicha Convención, de 26 de junio de 1948, art. 2, apdo. 3)).

¹³²⁸ "Es liegt in diesem Erfordernisse hauptsächlich: das Gedankengebilde muß sich als das Ergebnis individueller geistiger Tätigkeit darstellen...so daß durch sie der vielleicht nicht neue Gedankeninhalt...als Aeusserung eines bestimmten Individuums gekennzeichnet wird, in dem Sinne,

Es este supuesto, que calificamos de límite, puesto que en él será casi absoluta la falta de novedad que pueda apreciarse en el resultado¹³²⁹ - y aun así habrá, sin embargo, "obra nueva" (arg. ex art. 9) - el que nos induce a pensar que, siempre que pueda detectarse ese mínimo esfuerzo creativo que representa la selección de un motivo y/o la ordenación personal de lo preexistente (en este caso, "obras ajenas": art. 12), llevará el objeto que resulta de tal actividad, aunque sea sólo en grado mínimo, la impronta de quien realiza tales actividades,¹³³⁰ pudiendo considerarse entonces que no ha habido mera apropiación de las obras ajenas así utilizadas, sino una actividad de creación

daß der Stoff nicht notwendig so, daß er auch anders hatte behandelt werden können und auch von einem anderen <Individuum> anders behandelt worden wäre." (así, ALLFELD, op. cit., pag. 32).

¹³²⁹ "...e essenzialmente a quest'ultimo che va riferito al giudizio sull'esistenza del carattere creativo come risultante di un lavoro di coordinamento e di combinazione fra elementi che singolarmente possono anche essere non originali e non nuovi (c.d. *sintesi creatrice**)." (así GRECO, op. cit., pag. 159).

En el mismo sentido, ULMER op. cit., pág. 24.

* En cursiva en el original.

¹³³⁰ "...lo que se protege ha de ser siempre obras determinadas y concretas, las cuales, aunque traten de temas universales y abordables por todos, constituyen una visión, un orden de exposición que los especifica y diferencia de los demás que puedan hacerse, y que es lo que constituye propiamente el objeto sobre el que recae la propiedad intelectual." (se transcribe la Real Orden de 24 de noviembre de 1926, sobre inscripción de obra escrita para argumento de una película, Cdo. 20.).

independiente,¹³³¹ cuyo resultado merece protección en sí mismo.¹³³²

En última instancia, la exigencia de "originalidad" en el ámbito de la propiedad intelectual acaba convirtiéndose en un juicio dirigido antes a la actividad del autor que al resultado de la misma.¹³³³

¹³³¹ "...cuando se trata de obras intelectuales o artísticas, la coincidencia formal absoluta es tan improbable que ha de achacarse forzosamente a plagio...porque la creación siempre es algo individualizado e inconfundible, en que el sello personal imprime un carácter que impide la existencia casual de una coincidencia..." (vid. BAYLOS CORROZA, op. cit., pag. 92).

¹³³² Por tanto, tanto un catálogo como un diccionario, que constituyen supuestos específicos de las obras de carácter recopilatorio a que se refiere el art. 12 LPI son "obras" que merecen ser protegidas, como así lo reconocieron las sentencias referidas en el epígrafe anterior. Vid. la SIS de 28 de junio de 1990: "...que el catálogo supuestamente plagiado estaba amparado por el correspondiente 'Copyright' con prohibición de reproducción y depósito legal, en el que se comprenden las reproducciones susodichas y el mismo catálogo en orden a su sistemática y peculiaridades del método expositivo." Y la también citada Sentencia de instancia, recaída en el pleito sobre el "Diccionari" de Pompeu FABRA; vid. su Fto. 11: No parece inútil afirmar que, como sucede en general con las obras del intelecto, no todos los diccionarios son iguales, aunque estén referidos a una misma lengua, pues tanto en su nomenclatura o macroestructura...como, especialmente en su microestructura habrá o deberá haber diferencias, en función, respectivamente, del orden de catalogación de las unidades lexicográficas...; y su Fto. 13: "Pese a que la creación del Sr. Fabra, cuya autoría respecto del Diccionari General de la Llengua Catalana nadie discute en el proceso, no fue ex nihilo, sino el resultado de la catalogación de una lengua viva de toda la ciudadanía y del estudio de las experiencias de otros catalogadores...cabe calificarla indiscutiblemente de creación original a los efectos jurídicos que aquí importan."

¹³³³ "Die Individualität beruht auf der geistigen Leistung, durch die sich die Werke von schutzlosen Gebilden abgrenzen." (así, ULMER, op. cit., pág. 123). Vid. también ELSTER, *UFITA*, 1931 cit., pag. 249: "In jedem Falle muß das Werk im Gegensatz zu anderen vorhandenen Werken eine auf

Es a esa actividad en cuestión a la que se aplican unos requisitos mínimos, por debajo de los cuales no podrá estimarse que ha habido creación independiente (arg. ex art. 9.2.), sino una apropiación indebida del esfuerzo ajeno.¹³³⁴ De manera que el juicio sobre el mérito o calidad que, como veíamos, no se quiere aplicar a la obra se acaba proyectando sobre la actividad del autor.¹³³⁵

individuellier Leistung seines Urhebers beruhende eigentümliche Prägung aufweisen".

Incluso en quienes en algún momento es entendido el término "original" en su acepción objetiva, acaba convirtiéndose el requisito de la "originalidad" en una exigencia - no de novedad en el resultado - sino de nueva actividad, de prestación propia, por parte de quien crea. Así, GRECO, op. cit., pags. 157-158: "...un *quid novi*, frutto di un originale contributo psichico dell'autore...In senso oggettivo la novita ricorre invece solo allora che un prodotto dell'ingegno non sia già dovuto alla mente altrui...";* y PENA Y BERNALDO DE QUIROS, loc. cit., pag. 757: "La cuestión no es si tiene o no finalidad industrial, sino si en si, en la obra resultante hay aportación artística original o creación intelectual..."

* Los subrayados son míos.

¹³³⁴ vid. el Fto. 13 de la ya ya citada Sentencia sobre el pleito entre el "Diccionari general..." de Pompeu FABRA y la "Gran Enciclopedia Catalana": "En cuanto a una de las dos obras a comparar con la anterior <el "Diccionari">, en concreto, la conocida como Gran Enciclopedia Catalana...reproduce un treinta y ocho con setenta y cinco por ciento de los artículos del Diccionari General de la Llengua catalana...lo que supone la copia exacta del cuarenta con noventa y dos por ciento de las líneas de la obra del Sr. Fabra...Sin embargo, no es ni siquiera preciso acudir a tales aseveraciones técnicas para llegar a la conclusión de que los esfuerzos intelectuales del Sr. Fabra han sido utilizados por los autores de la Gran Enciclopedia..." Y sigue en el Fto. siguiente: "...los autores de la Gran Enciclopedia...no obstante sus meritorias aportaciones, se aprovecharon de la expresión formal de las ideas del Sr. Fabra..."

¹³³⁵ Para ilustrar nuestra afirmación de que el examen de la "originalidad" de la obra derivada acaba convirtiéndose en un juicio sobre la propia actividad del sujeto que se

Se requiere en concreto que la combinación propia o personal,¹³³⁶ que el principio de orden que el autor ha sabido imprimir a lo que es del "dominio de todos" escape de lo evidente y de lo rutinario;¹³³⁷ que no sea el necesario o el que venga impuesto por la propia naturaleza de las cosas (es decir, un puro orden alfabético o cronológico, la mera yuxtaposición de las obras seleccionadas y coleccionadas...).¹³³⁸ Sólo entonces, cabe entender que hay

pretende su autor, vid. la Orden de 8 de mayo 1943 relativa a las normas para publicar las Leyes, Decretos, etc. emanados del Ministerio de Hacienda, Cdo. 20.: "La autorización a que se refiere el artículo 28 de la Ley de propiedad intelectual para publicar la legislación de Hacienda se concedera por la Subsecretaria del Ministerio cuando se trate de verdaderas recopilaciones debidamente coordinadas, comentadas y anotadas, en forma que permitan y faciliten la rápida y segura consulta y el conocimiento completo de los textos legales con sus antecedentes y alteraciones sucesivas." *

* El subrayado es mio.

¹³³⁶ "...cada uno adquirirá la propiedad de su trabajo si a dichos elementos los presenta bajo una forma debida a su ingenio y hace con ellos una concepción artistica e individual (asi, LOPEZ QUIROGA, loc. cit., pág. 124).

¹³³⁷ "...que una obra para ser tenida por tal a los efectos de la ley...necesita...ser hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre, con exclusion de lo que por su naturaleza, uso ó costumbre esta fuera del derecho de una persona y es del dominio de todos" (se transcribe el Cdo. 30. de la ya citada Resolución de 21 de marzo de 1901, de la Subsecretaria del Ministerio de Instrucción Publica y Bellas Artes).

¹³³⁸ Para alcanzar un grado minimo de originalidad no basta con la mera recolección indiscriminada de datos o de obras, ni su ordenación o disposición de acuerdo con criterios habituales o rutinarios (ordenación alfabética, cronológica, por domicilios, por tamaños). Tal es el caso normalmente de las guías de telefonos, listas de direcciones, de profesionales, callejeros, programas, obras completas." (asi BERCOVITZ, en su comentario del art. 12 LPI, en los

configuración o disposición propia e individual y no mera reproducción de la realidad preexistente.¹³³⁹

Todo ello implica inevitablemente una determinada capacidad configuradora en el sujeto creador, que es lo que, en definitiva, se acaba midiendo.¹³⁴⁰ La dificultad a este

Comentarios... cit., pág. 258).

¹³³⁹ El criterio que proponemos parece además poder ser aplicado a cualquier clase de obra. Para que un resultado pueda ser reconocible como obra, habrá de presentar carácter unitario, o, cuando menos, articulado y estructurado. No aparece ello en la Ley como exigencia de carácter general, pero se desprende de diversos preceptos (art. 7,1: "resultado unitario"; art. 8,1: "creación única...conjunto de la obra"; art. 12: "colecciones"; art. 28,3: "varias aportaciones que no constituyan creación unitaria, aunque guarden entre sí alguna relación"; art. 29,1: "obra publicada por partes, volúmenes o entregas que no sean independientes"...).

Es decir, desde el punto de vista del contenido, el grado de heterogeneidad puede ser máximo, bien porque en una sola obra confluyen distintos géneros artísticos (art. 87), bien porque se trata de puras reuniones de elementos o datos (art. 12; art. 46,2,d): "diccionarios y enciclopedias"; art. 63,1a.; y art. 20.2. h): "bases de datos"). Pero, precisamente a partir de la intervención del autor, lo que se presentaba disperso se agrupa de forma estructurada; el nexo y el hilo conductor los crea el autor. No constituirá obra todo lo que escape a la idea de ilación, composición, disposición, sucesión buscada. Así, por ejemplo, a las "composiciones musicales" del art. 10,1,b), oponemos "otros sonidos" (art. 108,1); a las "obras audiovisuales" (art. 10,1,d)), que se componen de "imágenes asociadas" (art. 86), oponemos las "imágenes aisladas" no susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales" (art. 112, final; y 116,1,b)); y a las "bases de datos de ordenador...<que>constituyan obras protegidas" (art. 20.2. h), pueden contraponerse los datos aislados o elementos aislados de información. Ni que decir tiene que ello ha de plantear en la práctica enormes dificultades de delimitación.

¹³⁴⁰ "Andererseits genügt die bloÙe Neuheit für die Schutzwürdigkeit nicht. Was nämlich mit allgemeinemenschlichen Fähigkeiten geschaffen werden kann, was naheliegt, ist nicht einmal dann schutzwürdig, wenn es neu ist. Ein alltäglicher Brief z.B. ist in der Regel etwas Neues, er ist aber nicht schutzwürdig, weil er nicht

respecto estriba en que la actividad creativa, puesto que se caracteriza por la máxima libertad y, en general, por la ausencia de reglas,¹³⁴¹ no puede - o no puede sólo - ser calibrada, con índices de carácter técnico u profesional (no existe la profesión de "autor").¹³⁴²

Sólo cabe entonces examinar en el caso concreto la obra que se pretende "nueva" (art. 9.1.) o "diferente" (art. 21.1.) para determinar que es lo que hay en ella de aportación propia o individual respecto a las que han sido en ella utilizadas.¹³⁴³ A este respecto, la novedad formal del

Ausdruck individueller Fähigkeiten ist. (así HUBMANN, op. cit., pag. 38).

¹³⁴¹ Lo que define a la actividad creativa es "Spielraum für das individuelle Schaffen" (ULMER, op. cit., pag. 124).

¹³⁴² veanse las expresiones que utiliza la doctrina alemana actual para referirse a la actividad creativa que merece ser protegida con el reconocimiento de un derecho de autor: se dice de ella que, como mínimo, debe superar el "Durchschnittskönnen" (así SCHULZE, loc. cit., pags. 774-775). En el mismo sentido, ULMER, op. cit., pag. 124 y HUBMANN (op. cit., pag. 38, ya transcrito en nota anterior), quien señala que no es digno de protección "was mit allgemeinmenschlichen Fähigkeiten geschaffen werden kann. Un esfuerzo superior parece exigir, en cambio, TROLLER, quien señala que difícilmente será protegible una actividad que no consista más que en la mera aplicación de las reglas del oficio (vid. TROLLER, op. cit., pag. 393): "...wenn der Bearbeiter unter Benutzung der berufstüblichen Mittel (se refiere al oficio de traductor) ein Erzeugnis zustande bringt, das sich nur in der zufälligen Auswahl von jenem anderen Bearbeiter unterscheidet...").

¹³⁴³ Dadas las dificultades de delimitación que en la práctica se presentan, no puede concebirse dicho examen sin el concurso de peritos. Por ello, sorprende que nuestra Ley actual haya olvidado por completo invocar en alguno de sus preceptos la necesidad de recabar la intervención de peritos. Nos parece que, sobre todo en un tema de la complejidad del que ahora nos ocupa, debiera haberse estipulado ya en la propia Ley la necesidad de recabar un

resultado en cuestión, puede ser un indicio valioso,¹³⁴⁴ pero, en ningún caso, definitivo, porque, con arreglo a lo que hemos venido manteniendo, el carácter individual o el sello personal de la obra¹³⁴⁵ - que, insistimos, puede quedar de relieve a través de una mera ordenación de lo ya existente - nos parece que puede ser más significativo de un esfuerzo personal.¹³⁴⁶

dictamen pericial. La Ley de 1879 y su Reglamento de 1880, si bien para cuestiones diferentes de esta, si se remitían, en cambio, en diversos de sus preceptos al juicio de peritos (vid. así los arts. 27 y 55 Ley 1879; 7,2; 10 y 55 del Reglamento).

¹³⁴⁴ Al fin y al cabo, el juicio sobre la "originalidad" sólo en indicios puede basarse: es sind nicht mal hohe und mal niedrige Maßstabe an die zu beurteilenden Werke anzulegen, sondern es ist nach Anzeichen zu suchen, die im Einzelfall für oder gegen die Schutzfähigkeit eines Werkes sprechen können. (así SCHULZE, loc. cit., pag. 775).

¹³⁴⁵ A la hora de determinar en el caso concreto dónde radica dicho carácter personal de la obra, el criterio "forma-contenido" no ha sido abandonado por completo, pero sí superado por la contraposición "dominio común"-"rasgos individuales" de la nueva obra. Así lo señalaba ya ELSTER (1877A, 1931, cit. pags. 248-249) y más tarde BAPPERT: "Die moderne Urheberrechtswissenschaft vertritt daher die Auffassung, daß an die Stelle der Unterscheidung zwischen Form und Inhalt die Unterscheidung zwischen den individuellen Zügen des Werkes und dem literarischen und künstlerischen Gemeingut zu treten habe." (así BAPPERT, Walter, *Wege zum Urheberrecht*, Frankfurt am Main 1962, pag. 371). En el mismo sentido, ULMER, pags. 122; 123 y HUBMANN, quien en su obra *Das Recht des schöpferischen Geistes. Eine philosophisch-juristische Betrachtung zur Urheberrechtsreform*, Berlin 1954 intenta precisar en qué consiste ese "dominio común" (vid. pags. 10^a y s.s. de la obra citada).

¹³⁴⁶ La obra debe ser original del autor, en el sentido de que no sea copia de la obra de otra persona. Las obras de información que recopilan materiales diversos pueden ser base para el derecho de autor, siempre que... la aportación de trabajo, habilidad y buen criterio haya sido suficiente para dar al resultado alguna calidad que lo distinga de los elementos utilizados. (PUIG BRUTAU, op. cit., tomo III, vol. II, pag. 217).

En definitiva, se exige a quien pretenda ser considerado creador de una "obra diferente" (art. 21.1.) que demuestre que, tras la obra en cuestión, hay una determinada aportación o prestación personal de trabajo intelectual,¹³⁴⁷ lo cual es congruente con el propio fundamento o título constitutivo del derecho de autor (art. 5 LPI; art. 20. y art. 8,1º. del Regl. de 1880: "Que...declaren que son producto de su inteligencia").¹³⁴⁸

¹³⁴⁷ "...la aportación o prestación del autor (lo que, en definitiva, se trata de proteger a través del reconocimiento de la propiedad intelectual...)..." "Yo creo que la originalidad en la selección u ordenación únicamente se puede alcanzar mediante una prestación personal creativa que corresponda al género coleccionado..." (asi, BERCQVITZ, *Comentarios...* cit., pág. 207; pag. 259).

¹³⁴⁸ No procede detenerse aquí y ahora, puesto que rebasa el objeto del presente análisis, en el examen de la actividad de "creación", título constitutivo originario por antonomasia del derecho de autor, que consiste sustancialmente en una prestación de trabajo intelectual ("die Arbeitstheorie ist, richtig gesagt, Schöpfungs-, Erzeugungstheorie: wo die Arbeit in einem wertvollen Resultate fortlebt, da bringt sie dem Schöpfer ein wertvolles Ergebnis..."; asi KOHLER, *Autorrecht...* cit., pág. 104), si bien es cierto también que no todo trabajo intelectual sirve para constituir un derecho de autor. Sobre los trabajos intelectuales que no generan obra, vid. KOHLER, *Autorrecht...* cit., págs. 114-115 y *Urheberrecht...* cit., págs. 129-130; 147 y la Exposición de Motivos de la actual Ley alemana (UrhG "Begr.", págs. 304-305).

Vid. asimismo nuestra Primera Parte dedicada a las "Bases filosóficas e históricas" del derecho de autor, donde exponemos la influencia que tuvo en su construcción como "propiedad intelectual" la tesis de la constitución de un derecho de propiedad sobre el producto del propio trabajo intelectual. Para una revisión en la actualidad de la tesis de la constitución del derecho sobre las creaciones intelectuales por el trabajo, vid. ASCARELLI, op. cit., págs. 269; 277; 300; 304 y 692. Vid. asimismo BONDIA ROMAN, op. cit., págs. 33 y s.s.

2. La coexistencia entre la obra originaria y la obra derivada

Supuesto que el resultado de la actividad de "transformación" o apropiación de elementos de una preexistente obra ajena reúna - con arreglo a las pautas arriba indicadas - "originalidad" suficiente como para ser considerado "obra diferente" de la en ella utilizada¹³⁴⁹ ¿en qué términos se articula para la Ley de Propiedad Intelectual la relación entre ambas? Lo relativo a dicha cuestión parece quedar subsumido en nuestra Ley en la fórmula "sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente" (arts. 21.2. "in fine"; art. 11; art. 12 "in fine"; art. 9.1.), que es también la del art. 2.3. y .4. del Convenio de Berna.¹³⁵⁰

Al alcance de la mencionada fórmula consagramos los siguientes epígrafes.

¹³⁴⁹ El anterior epígrafe ha estado consagrado a la determinación de un grado mínimo de "originalidad", por debajo del cual, al no poder estimarse siquiera que hay "obra diferente", ha de concluirse que se incurre, sin más, en una utilización indebida de la obra preexistente. Ahora, partiendo de la base de que si existe "obra diferente", nos referiremos a niveles superiores de "originalidad" (vid. así nota ...).

¹³⁵⁰ "In the same way as for compilations...in the case of the adaptation of a protected work, the copyright in the adapted work and the copyright in the adaptation are also ranged against one another, there being a relationship of dependence between the two. As in the case of compilations, most laws of the nine countries here restrict themselves to laconic statements that the copyright in the adaptation exists 'without prejudice to the rights of the author of the original work'" (vid. DIETZ, *Copyright...*, op. cit., pág. 48).

2.1. La necesidad de "autorización" del autor de la obra originaria

De entrada, parece querer reiterarse en el inciso final del art. 21.2. (y los que en este punto concuerdan con él) la necesidad de que la utilización de la obra originaria haya sido realizada con consentimiento del autor de la misma.¹³⁵¹ Ello es congruente con el carácter de actividad de explotación y contenido del derecho del mismo nombre que asigna el art. 17 LPI a la "transformación" de la obra: "...derechos de explotación...y, en especial, los derechos de...transformación, *que no podrá(n) ser realizadas sin su autorización...*".¹³⁵²

Tal requisito parece configurarse entonces en nuestro ordenamiento como de carácter absoluto.¹³⁵³ Sólo es posible

¹³⁵¹ En este sentido, la Enmienda 220 del Grupo Coalición Popular había pretendido la sustitución de la fórmula indicada, "sin perjuicio de los derechos..." por la de "sin perjuicio de la exigencia de la autorización del autor de la obra original para llevarlas a cabo", con la justificación "mejora técnica" (vid. BOCG de 1987, Congreso, Serie A, no. 14-6, de 11 de febrero, pag. 93). La Enmienda fue retirada en el trámite de Ponencia (vid. el Informe de la Ponencia del Congreso en el BOCG de 1987, Serie A, no. 14-7, de 22 de abril, pag. 144).

¹³⁵² "Una de las facultades integrantes del señorío del autor de una obra es la facultad de transformación, o la de autorizar la realización de obras derivadas..." (vid. PENA, loc. cit., pag. 749).

¹³⁵³ Es más, el mismo se presentaba como "conditio sine qua non" de la propia existencia de los derechos del autor de la obra derivada sobre su propia obra (arts. 2, 20, y 30. de la Ley de 1879; art. 50. del Regl. de 1880). Vid. además el art. 14 del Proyecto de reforma de 1934, cuyos apdos. b) y c) coinciden sustancialmente con los apdos. 20. y 30. del art. 20. de la Ley de 1879.

proceder a una "transformación" (u otra apropiación indirecta) de la obra preexistente si se ha obtenido previamente el consentimiento de su autor¹³⁵⁴ o se encuentra la misma en el dominio público (vid. así el art. 89.1. LPI y, sobre todo, el art. 50. Regl.).¹³⁵⁵

¹³⁵⁴ En la actualidad y ya después de haber entrado en vigor la Ley de 1987, vid. el art. 1 b), tercer párrafo del recientemente promulgado Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual (R.D. 1584/1991 de 18 de octubre, BOE no. 269 de 9 de noviembre), que indica que "En los supuestos de obras compuestas <vid. el art. 9.1. LPI> deberá expresarse el nombre del autor o coautores de la obra preexistente."

¹³⁵⁵ Sobre la alternativa "permiso del autor"/"dominio público" como requisito para proceder a la "transformación" u otra utilización indirecta de la obra, vid. la R.U. de 4 de febrero de 1905 (ya citada en la tercera Parte, capítulos cuarto y sexto), resolviendo que para la inscripción de traducciones de obras extranjeras en el Registro de la Propiedad Intelectual es necesario el permiso del autor de la obra original o acreditar que en el país de donde procede pertenece al dominio público". Aplica dicha resolución la S.T.S. <Sala 2a.> de 13 de junio de 1987* sobre traducción al castellano de las obras en lengua inglesa "Peter Pan y Wendy" y "Viento de los Sauces". En el caso citado, no apreció el Tribunal Supremo el derecho de los autores británicos a autorizar la traducción y consiguiente publicación en castellano de tales obras, por considerar que con arreglo a la legislación británica ya habían entrado las mismas en el dominio público: "...tras haber consultado <los editores procesados> sobre el particular con el Instituto Nacional del Libro Español, organismo en el que se les hubo de informar...que los libros de autores británicos, publicados en dicho país por primera vez, pasan al dominio público veinticinco años después de la muerte del autor y por consiguiente es libre su publicación...que los procesados habían actuado en la fundada convicción de estar disponiendo de unas obras de dominio público y, por ende, sin culpabilidad penal..." (vid. el Fto. 60. de la sentencia).

Hay que dejar constancia de que con arreglo a la vigente Ley de 1987 la posibilidad de proceder a una "transformación" de una obra en el dominio público no es tan ilimitada como parecía serlo en la órbita de la Ley anterior: a tenor del art. 41,2 hay que tener en cuenta el límite, de carácter absoluto, que representa el respeto a la autoría y a la integridad incluso de las obras del dominio público.

No obstante, en tanto que determina el nacimiento de una "obra" o "creación original" (art. 10.1. LPI), la "transformación" es también una actividad de carácter creativo (art. 5.1. LPI; art. 2º. del Reglamento de 1880), de manera que entendida de modo tan rígido podría llegar a representar dicha exigencia de "autorización" (art. 17 LPI) del autor de la obra utilizada un obstáculo a la libertad inherente a la actividad de creación literaria, artística y científica (vid. el art. 20.1. d) de la Constitución española).¹³⁵⁶

A este respecto entran, pues, en conflicto el carácter de la "transformación" como actividad de explotación y como actividad de carácter creativo.

Una posible vía a la hora de salvar tal contradicción estriba en entender que no es necesario recabar tal autorización para proceder a la "transformación" o apropiación en sí, sino sólo si se quiere y cuando se quiera proceder a una explotación del producto resultante de tal utilización, es decir, la obra derivada. Es ésta la

* La sentencia citada aplica todavía la Ley de 1879.

¹³⁵⁶ Sobre el citado precepto constitucional y el derecho fundamental en él consagrado, vid. el Diario de Sesiones del Congreso de 1978. Comisiones, no. 70, de 19 de mayo, págs. 2533 y s.s. Vid. asimismo las consideraciones de BERCOVITZ en su comentario del art. 10. de la LPI (*Comentarios...* cit., pag. 23) y del art. 10 LPI (*id. loc. cit.*, pag. 216).

interpretación de la Ley alemana de 1965 (vid. su §23).¹³⁵⁷ La posibilidad de aplicar idéntico punto de vista en nuestro ámbito nos parece muy remota.¹³⁵⁸ Creemos que en este punto la vigente Ley española se ha mantenido fiel a los propios antecedentes (vid. el art. 2,2o y el art. 2,3o. Ley 1879: "...con tal que...se hayan hecho éstos con permiso...; y el art. 5o. del Regl.),¹³⁵⁹ de manera que entre nosotros no sólo

¹³⁵⁷ §23 UhrG: "Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden. Handelt es sich um eine Verfilmung des Werkes, um die Ausführung von Plänen und Entwürfen eines Werkes der bildenden Kunst oder um den Nachbau eines Werkes der Baukunst, so bedarf bereits das Herstellen der Bearbeitung oder Umgestaltung der Einwilligung des Urhebers."

El precepto de la vigente Ley alemana es en este punto fiel a la LUG, cuyo §12 tenía idéntica orientación.

¹³⁵⁸ Se muestra, sin embargo, entre nosotros partidario de tal orientación RODRIGUEZ TAPIA, en relación al art. 9.1. LPI: "La autorización, a mi juicio: - No tiene que ser previa a la elaboración de la obra compuesta. Lo que es necesario es que sea previa a su publicación." (vid. así RODRIGUEZ TAPIA, Jose Miguel, comentario del art. 9 LPI, en *Comentarios...* cit., pag. 191). En análogo sentido, RIVERO, también en los *Comentarios...* cit., pag. 423.

¹³⁵⁹ Nuestro sistema se acerca, además, en este punto a la Convención de Berna (vid. sus arts. 8 y 12) y al sistema francés, que no distinguen tampoco, en cuanto al requisito de la autorización, entre realización y explotación de la "transformación". Vid. así DESBOIS, *Le droit d'auteur...* cit., págs. 667-668: "Mais quelle a été l'attitude du législateur français? Expressément la loi nouvelle <de 1957> n'apporte aucune solution. Néanmoins, c'est l'adaptation elle-même, non l'exploitation ultérieure, qui semble avoir été implicitement soumise au consentement discrétionnaire des ayants droit". Y procede además el citado autor a continuación (id. loc. cit.) a una crítica del sistema alemán en este punto: "...si les théories d'Ulmer et de Runge étaient exactes, l'auteur originaire ne pourrait interdire, par exemple, que l'oeuvre dérivée dont il n'a point autorisé la réalisation, fut montrée par son créateur a des amis, exposée dans son domicile... Cette situation serait d'autant plus préjudiciable à l'auteur qu'il peut avoir d'excellentes raisons pour reprocher l'adaptation de son oeuvre à une forme d'art qui peut être incapable d'en

una ulterior explotación de la obra producto de la "transformación", sino ya la propia realización de la "transformación" está supeditada al consentimiento del autor de la obra así utilizada.¹³⁶⁰

Avala lo que mantenemos el art. 99.4. de la Ley actual, precepto que contribuye a perfilar la propia noción legal de "transformación", en tanto que introduce una excepción a la misma: "No constituye transformación, a los efectos previstos en el artículo 21, la adaptación de un programa

exprimer toutes les nuances. Il convient donc de lui réserver, à lui seul, de décider de l'adaptation de son oeuvre et des modalités de celle-ci...La Convention de Berne a frayé le chemin, puisque traitant des oeuvres dérivées, c'est l'élaboration elle-même qu'elle soumet au consentement des ayants droit."

¹³⁶⁰ La distinción alemana entre realización de la "transformación" y explotación del producto de la misma nos parece ciertamente artificial. Por otra parte, la entidad de las excepciones que el propio §23 introduce - y que, según se dice (vid. más abajo ULMER cit.), además, no son las únicas -, para las que ya la propia realización de la "transformación" debe ser autorizada (§23 UhrG: "...so bedarf bereits das Herstellen* der Bearbeitung oder Umgestaltung der Einwilligung des Urhebers") acaba reduciendo considerablemente el propio principio establecido en tal precepto, como reconoce ULMER (op. cit., págs. 270-271).

En el fondo, lo único que se ha pretendido con tal salvedad (que como indicamos en una nota anterior estaba ya en la LUG) es enfatizar en materia de "transformación" o "Bearbeitung" una regla tradicional del derecho de autor: "...auch hier zeigt sich der Satz des Immaterialgüterrechts, daß es an den Schranken des Hauses halt macht...(vid. KOHLER, *Urheberrecht...* cit., pág. 181; vid también págs. 171 y s.s.; y 178). Es decir, se ha querido evitar que la protección al autor frente a transformaciones in consentidas determinase una inmisión en la esfera privada de quien, llevado por sus aficiones, traduce poesía o se decide a ofrecer su particular visión de algún motivo pictórico famoso.

* El subrayado es mío.

realizada por el usuario para la utilización exclusiva por el mismo.". Si el legislador ha creído necesario señalar que en ese supuesto concreto no estamos ante una "transformación" de la obra, es porque, con carácter general, la propia realización de la "transformación" queda ya sometida a la autorización del titular de la obra así utilizada (arts. 17 y 21 LPI).

Lo que, en cambio, sí cabe inferir del art. 99.4. es un principio general de que la transformación o cualquier otra adaptación o apropiación indirecta de una obra para uso personal y exclusivo de quien la realiza queda a todos los efectos fuera de la noción de "transformación" y, por tanto, también a efectos de la necesaria autorización para realizarla. En este punto, la regla general del derecho de autor de que no constituye "explotación" el "uso privado" que se realice de una obra (arts. 31,20. y 30. y también art. 20.1.1 LPI) creemos que debe ser llevada más lejos: ya no el "uso privado", sino sólo el "uso personal" (art. 124.4.) o transformación efectuada exclusivamente para el goce individual¹³⁶¹ de la obra utilizada y de la que pueda resultar de ella debe quedar exceptuada de la necesidad de autorización.¹³⁶²

¹³⁶¹ Como ejemplos de ese goce individual de la obra a que queremos referirnos sirven los de la nota anterior.

¹³⁶² Sobre este punto, vid. supra capítulo segundo de esta Cuarta Parte, epígrafe II,2.1.1.

Fuera de tales casos, ya la propia realización de la "transformación"¹³⁶³ debe quedar sujeta a la necesidad de autorización,¹³⁶⁴ aunque sólo sea porque habrá que presumir que quien asume el esfuerzo e incluso los costes que puede comportar tal actividad es porque quiere a continuación explotar el producto de la misma.¹³⁶⁵

¹³⁶³ Los argumentos de DESBOIS, más arriba transcritos, nos parece que justifican suficientemente nuestro criterio.

¹³⁶⁴ Si se prescinde de la excepción que constituye la "parodia" (vid. arts. 39 LPI; 65 Regl. 1880). Sobre la libre utilización de una obra ajena que representa la "parodia" (regulada por ello en el Capítulo de la Ley consagrado a los "Límites" de los derechos de autor), vid. DIAZ ALABART, Silvia, «La parodia en la nueva Ley de Propiedad Intelectual» en *Homenaje a Roca Juan* cit., págs. 193 y s.s.; y en el comentario del art. 39 LPI en los *Comentarios...* cit., págs. 584 y s.s. Señala la citada autora (en la última obra citada, pág. 604) que "La doctrina española no se ha ocupado en absoluto de este tema... Tampoco existen en España precedentes jurisprudenciales sobre parodia que nos hubieran podido indicar el criterio judicial al respecto."

En la doctrina alemana, nos parece que es De BOOR quien de modo más certero expresa cual debe ser la óptica del Derecho frente a la utilización de la obra ajena que representa la parodia: "Ist es gestattet, in einem neuen wissenschaftlichen Werk oder in einer Kritik Allegate zu geben, so muß dies umsomehr dem Parodisten erlaubt werden, welcher unter Anklängen an ein ernsthaftes Werk ein komisches Dramenbild zu schaffen unternimmt. Dabei muß man berücksichtigen, daß der Parodist um so milder beurteilt und ihm um so mehreres nachgesehen werden muß, als es einerseits aus begreiflichen Gründen nicht üblich ist, den Autor des Originalwerkes um die Gestattung zur Parodie zu ersuchen, andererseits die Parodie einem heiteren Lebensbedürfnis entspricht, welchem das Recht nicht entgegenzutreten soll." (así en op. cit., págs. 102-103).

¹³⁶⁵ Este es el razonamiento que mueve al legislador alemán a regular la filmación de una obra como "transformación" cuya realización sí requiere, en cambio, la autorización del autor de la obra filmada: "Diese <die Verfilmung> spielt sich in der Regel anders als sonstige Bearbeitungen oder Umgestaltungen eines Werkes nicht im privaten Bereich ab und wird meist bereits in der Absicht der gewerblichen Verwertung vorgenommen. Es wäre auch im Hinblick auf die hohen Herstellungskosten eines Films wirtschaftlich unvernünftig, mit seiner Herstellung zu beginnen, ohne sich

Ahora bien, establecido qué alcance cabe asignar en nuestro ordenamiento a la necesidad de previa "autorización" del autor de la obra utilizada (arts. 17 y 21), no puede llevarse tal exigencia al extremo de considerar que siempre que pueda demostrarse que en una determinada creación son reconocibles elementos tomados de una obra o "creación original" ajena y no se haya recabado previamente la autorización de su autor estaremos ante una "transformación" ilícita por in consentida, no pudiendo entonces reconocerse derechos al autor de la obra que deriva de ella.¹³⁶⁶

Es evidente que tal interpretación sólo puede ser descartada. A diferencia de lo que, en general, está previsto para las actividades de explotación (art. 17 en R

zuvor die Einwilligung der Urheber der zur Herstellung benutzten Werke zu sichern." (vid. UhrG "Zegr." zu §23, pag. 266).

¹³⁶⁶ Piénsese además que dicha apropiación puede haberse producido incluso de modo inconsciente: "Wer früher Gehörtes oder Gelesenes, das er vergessen zu haben glaubt und das ihm beim Komponieren oder Schreiben wieder einfallt, ahnungslos für einen eigenen Geistesblitz halt und verwendet, nimmt nur eine sogenannte **unbewußte Entlehnung*** vor... Die unbewußte Entlehnung unterscheidet sich vom Plagiat nur dadurch, daß ihr das subjektive Merkmal der bewußten Aneignung fremden Geistesgutes fehlt. Die objektiven Merkmale des Plagiats - Bearbeitung, andere Umgestaltungen <vid. §23 UhrG> oder unveränderte Übernahme eines fremden Werkes unter eigenem Name - müssen jedoch sämtlich gegeben sein. Das bedeutet, daß die unbewußte Entlehnung als solche ebenfalls **widerrechtlich*** sein muß." (asi, FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht. Kommentar...* cit., pag. 155).

* En negrita en el original.

con arts. 123 y s.s.)¹³⁶⁷ no pueden negarse derechos a quien procede a una "transformación" - puesto que ésta, además de forma de explotación es una actividad de entidad creativa (art. 10. LPI) - por el solo hecho de no haber obrado en ejercicio de una *previa* autorización del autor de la obra utilizada.¹³⁶⁸

Por mas que el legislador español no lo haya previsto en línea de principio,¹³⁶⁹ la posibilidad de una legitimación "a posteriori" de la obra derivada, nacida de una "transformación" o apropiación no autorizada de una obra preexistente, existe virtualmente, desde el momento en que

¹³⁶⁷ Resulta significativo que el art. 124 de la LPI, relativo al "cese de la actividad ilícita" o "explotación infractora" no se refiera explícitamente y en línea de principio a la "transformación", como lo hace, en cambio, a la "reproducción" (art. 124.1. d)), la "distribución" (o "retirada del comercio de los ejemplares ilícitos": art. 124.1. b)); y la "comunicación pública" (art. 124.1. e)).

¹³⁶⁸ "La transformación de la obra originaria requiere la autorización o consentimiento del correspondiente derecho o facultad de explotación (contrato de transformación; vid. el art. 89 LPI). No obstante, la obra derivada existirá con independencia de ese consentimiento, siempre que la obra tenga originalidad suficiente, sin perjuicio, claro está, de que el titular del derecho de explotación violado ejerza las acciones pertinentes (arts. 123 y s.s.)." (así BERCOVITZ, comentario del art. 11 LPI en los *Comentarios...* cit., pag. 252).

¹³⁶⁹ Si lo había previsto así, en cambio, el legislador español de 1847. Recuérdese que el art. 11,2 de la Ley de 1847 preveía una posible exención del requisito, previamente impuesto en el art. 11,1, del "permiso del autor" para hacer un extracto ó compendio de su obra "si el extracto o compendio fuese de tal mérito é importancia, que constituyese una obra nueva, ó proporcionase una utilidad general...". En tal caso, se compensaba al autor de la obra primitiva reconociéndole únicamente derecho a una indemnización (id. art. 11,2).

un Juez puede decidir, frente al autor de la obra primitiva que considere vulnerado sus derechos, que la obra derivada reúne originalidad suficiente como para existir y ser explotada sin contar con su consentimiento. Así ocurre en los supuestos en que pueda llegar a establecerse que el grado de dependencia creativa entre ambas, limitado p.ej. a haber servido la primera sólo de estímulo o inspiración a la segunda,¹³⁷⁰ no justifica el nivel de dependencia jurídica que supone la necesidad de haber tenido que contar *previamente* con la autorización del autor de la preexistente.

A pesar de que, como decimos, ello lo determinará en su caso y "a posteriori" un Juez, legalmente puede preverse de

¹³⁷⁰ Puesto que la "originalidad" es cuestión de grados (vid. la cita de ELSTER transcrita en nota), estaríamos aquí ante un segundo índice o nivel de "originalidad": el primero, de carácter mínimo, analizado en el epígrafe anterior, es el que permite establecer que el producto de la "transformación" constituye "obra diferente" (art. 21.1., final) y no mera apropiación indebida de la obra ajena utilizada. De lo que ahora se trata, supuesto que ya se alcanza ese nivel, es de acreditar que esa "obra diferente", no obstante la influencia de la obra primitiva, que le ha servido de estímulo e inspiración, evidencia respecto a ella tal grado de independencia que ya no se la considera tributaria de la misma. La gradación aquí aludida - si bien de menos a más - la describe DIETZ (*Copyright...* cit., págs. 35-36) en los siguientes términos: "If the dependence on protected original material is so small that this material has served merely to incite the creation of a fully independent work, then there is free utilization, and the newly created work can be marketed without the consent of the author of the freely utilized work...If the degree of dependence of the re-created work is so great that free utilization no longer arises, but on the other hand there is a personal intellectual creation, then an adaptation or a derivative work is concerned, which without prejudice to any copyright in the adapted work will be protected as an independent work; translation may be mentioned as the main example of adaptation".

antemano tal posibilidad. Así lo hace la Ley alemana de 1965, que se refiere en su §24 a los supuestos de la llamada "freie Benutzung".

Nuestra Ley no se ha referido a tal posibilidad,¹³⁷¹ pero entendemos que tampoco era ello del todo necesario, desde el momento en que, de una parte, la práctica se orienta ya de por sí hacia la misma.¹³⁷² Y, de otra, nos parece que es de

¹³⁷¹ "Weder das spanische UrhG noch das portugiesische UrhG enthalten allgemeine Vorschriften darüber, wie die Bearbeitung von einer solchen Benutzung eines vorbestehenden Werkes abgegrenzt werden kann, die dieses nur als Anregung für die Schaffung eines völlig selbständigen Werkes benutzt hat und daher - wie dies etwa der Begriff "freie Benutzung" in §24 Abs. 1 deutsches UrhG ausdrückt - ohne Zustimmung des Urhebers erfolgen kann...Wie schon in der Hauptstudie von 1976 (se refiere a su obra *Copyright...*), bedeutet das Fehlen einer besonderen Abgrenzungsnorm zwischen (zustimmungsbedürftiger) Bearbeitung und freier Benutzung nicht, daß hier wesentliche Unterschiede bestanden...Das Problem muß aber wohl von Fall zu Fall durch die Rechtsprechung gelöst werden." (asi DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, cit., págs. 37-38).

¹³⁷² Incluso en la órbita de la Ley de 1879, donde la necesidad del previo "permiso" del autor o propietario parecía (a tenor de los ya citados arts. 2, 2o. y 3o. Ley y del art. 5o. del Regl.) mas rígida que en la Ley actual, la jurisprudencia se movía en el sentido que indicamos. Vid. así la STS de 6 de octubre de 1915, donde si se decreta (confirmando la sentencia de instancia) "la retirada de los ejemplares de la obra en que se cometa el despojo" no es por el solo hecho de haberse procedido en ella a una utilización "sin permiso" de elementos de otra obra, sino por haber llegado el juzgador a la conclusión de que el vínculo entre ambas es tal, que no podía en el caso concreto prescindirse de tal autorización sin estimar que se habían defraudado los derechos del autor de la obra preexistente. Pretendemos, pues, indicar que la falta de tal "permiso" no era dirimente y que podría haberse llegado también a una conclusión contraria a la que a continuación se transcribe: "...ha de tenerse en cuenta la afirmación del Tribunal "a quo" de que en la obra "Lo que nos rodea" hay cierto número de grabado en que existe apropiación de los dibujos analógicos del libro de los actores "Lecciones de cosas en 650 grabados"...porque entre unos y otros hay grandes semejanzas, hasta el punto de que los accidentes y detalles que los modifican no afectan

todo punto imposible que un texto legal¹³⁷³ pueda suministrar siquiera sea sólo criterios o pautas para orientar al juzgador - tampoco los ofrece el §24 alemán; la utilidad de la mención de la "freie Benutzung" estriba sólo en que legitima con carácter previo una posible decisión del Juez en ese sentido - en cuanto a qué es lo que constituye

a su esencia, ni cambia la expresión artística, dejando subsistente en algunos la originalidad del autor que primero los confecciona* y en otros que son de semejanza manifiesta...por cuanto aparece evidente la existencia de una verdadera usurpación de la propiedad artística." (vid. el Cdo. 3o. de la STS citada).

* El subrayado es mío.

¹³⁷³ Señalan asimismo tal imposibilidad o, cuando menos, dificultad de poder delimitar desde el Derecho positivo que constituye obra derivada y que constituye creación independiente PLANIOL y RIPERT y GRECO. Vid. así PLANIOL y RIPERT, op. cit., pág. 579: "Il est souvent difficile, en fait, de distinguer entre les oeuvres dérivées par voie d'adaptation, pour lesquelles le consentement du créateur de l'oeuvre à adapter est requis, et les oeuvres proprement originales, affranchies de toute sujétion parce que l'auteur s'est seulement inspiré des idées de création antérieure...". En el mismo sentido, GRECO, op. cit., pag. 175: "Ma alla stregua del diritto positivo, e in particolare degli artt. 4 e 18, mancandovi ogni discriminazione fra le diversi forme di arte, nessun dubbio sulla dipendenza sarebbe possibile, salvo solo a potersi legittimare un criterio restrittivo, nel senso di non considerare come trasformazioni, ma quali opere originale, quelle che traggono da un'opera precedente, espressa in altra forma artistica, solo spunti o motivi di ispirazione, senza peraltro attenersi più o meno fedelmente alle sue linee fondamentali."

"versión libre"¹³⁷⁴, y qué es lo que no supera, en cambio, el nivel de creación dependiente.^{1375 1376}

¹³⁷⁴ Esta sería la expresión en castellano, equivalente a "freie Benutzung". Utiliza tal expresión la Orden de 21 de enero de 1950, por la que se regulan los derechos de adaptadores de obras de dominio público. Se refiere la misma en su Cdo. 40. a "versiones libres inspiradas* en temas de obras de dominio público..."

* El subrayado es mío. En relación a esta Orden (a la que ya nos habíamos referido supra Tercera Parte, al examinar la noción de "dominio público" en la Ley de 1877) señala RIVERO (loc. cit., pág. 424 nota 29): "Lo notable de esa disposición radica en la distinción basada en la "importancia" de la labor del adaptador en la transformación de la obra original..."

¹³⁷⁵ La noción de "freie Benutzung" solo puede ser ilustrada mediante ejemplos. Vid. así los que cita KOHLER (*Urheberrecht...* cit., pag. 213): "...wenn etwa ein Werk der bildenden Kunst Gelegenheit zur Erörterung auf dem Wege der Sprachkunst gibt oder wenn jemand...seinen Eindruck poetisch wiedergibt, oder wenn jemand auf Grund eines Musikstückes, durch die Gefühlsantriebe erregt, eine Dichtung schafft. In allen diesen Fällen ist von einer juristischen Abhängigkeit der neuen Schöpfung von der alten nicht mehr die Rede." Vid. otros ejemplos también en De BOOR (op. cit., pag. 101): "...ein Afrikaforscher hatte in seiner Reisebeschreibung die Photographie einer eingeborenen Hirscheschwingerin veröffentlicht, ein Bildhauer nach dieser Photographie eine Statuette gebildet. Das Gericht <Tribunal correccional del Sena, Sent. de 17-5-1909> hielt das Urheberrecht des Ersteren für verletzt...Meines Erachtens zu Unrecht...Der Künstler handelte also ebenso rechtmäßig, wie etwa ein Dramatiker der seinen Stoff einer von einem Psychiater veröffentlichten Krankengeschichte entnimmt."

¹³⁷⁶ A nuestro modo de ver, hay también "freie Benutzung" o "versión libre" cuando, p.ej., el argumento de una obra audiovisual ha sido sugerido por un artículo satírico de prensa. Sin embargo, en tal constelación y de modo para nosotros sorprendente, ha resuelto poco ha un tribunal norteamericano que habían sido vulnerados los derechos del autor de un artículo satírico, cuyo tema había servido de inspiración a los guionistas de una obra cinematográfica. Nos referimos a la Sentencia de la Corte Superior del condado de Los Angeles, recaída en enero de 1990 en el litigio entre el periodista Art BUCHWALD y la productora "Paramount". El citado autor demandó a la productora, por entender que el guión de la película "Coming to America" (que narra la historia de un príncipe africano, que para elegir esposa va a Nueva York, decidido a encontrarla, naturalmente, en el barrio neoyorquino de "Queen's") había

De resultas, pues, de cuanto se expone en este epígrafe, entendemos que la fórmula "sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente" significa, en primer término, que ha de quedar legitimada la "transformación", ya sea inicialmente, en virtud de un "contrato de transformación" (art. 89.1.)* o de cualquier otro título que conceda autorización para "transformar" o utilizar indirectamente la obra preexistente; o bien, "a posteriori", por decisión judicial favorable al carácter independiente o libre de la creación de la segunda obra, que exime en el caso concreto del requisito de la previa autorización (art. 17 en R con art. 21.2.).

2.2. La explotación de la obra originaria y la explotación de la obra derivada

Una vez legitimada la apropiación indirecta de elementos de la obra preexistente u originaria y supuesto también que por dicha vía se llegue a un resultado con un índice de

sido desarrollado a partir de su artículo "Rey por un día". La productora contraargumentó entonces indicando - suponemos que no sin razón - que Art BUCHWALD se había inspirado a su vez, al redactar el artículo, en la película de CHAPLIN "Un rey en Nueva York". Aun así, el Tribunal condenó a la productora, por haber aprovechado la idea del articulista, a pagar una sustanciosa cantidad sobre el producto de la recaudación de la película.

La decisión - por loable que sea el propósito aleccionador del respeto que los grandes estudios deben a los intelectuales - nos parece, desde el punto de vista del caso concreto, desmesurada. Es evidente que conexiones tan laxas o remotas entre dos obras como las descritas a través de este supuesto no justifican la dependencia jurídica que comporta la necesidad de recabar la previa autorización del autor de la obra que se supone utilizada y la participación del mismo en los ingresos derivados de la explotación de la segunda obra.

"originalidad" suficiente para ser considerado "obra diferente" (art. 21.1.) o "creación intelectual" (art. 46.2. c)) ¿cómo se articula la relación entre una y otra obra, entre uno y otro objeto de derecho y sus respectivos titulares? ¿Adquiere el autor de la obra originaria derechos sobre la obra derivada?

No es lícito inferir de la ambigua fórmula "sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente" que éste adquiere sobre la obra derivada prerrogativas¹³⁷⁷ que no sean de contenido económico. Los derechos sobre ese nuevo objeto de derecho corresponden exclusivamente al sujeto que lo ha creado (art. 50. LPI; art. 20. Regl.). Incluso de haber obrado este sin la necesaria autorización del autor de la obra preexistente, habría que reconocerle tales derechos "...por el solo hecho de su creación" (art. 10. LPI),¹³⁷⁸ al

¹³⁷⁷ Pudiera parecer superflua tal precisión, dado que el art. 21.1. describe a la obra resultante como "obra diferente" de la originaria y, por tanto, no hay ya lugar a suponer que su autor pueda reivindicar o esgrimir derechos sobre ese objeto "diferente" del propio. No obstante, incluso después de la entrada en vigor de la Ley actual, la cuestión no era en modo alguno pacífica en la doctrina española. Vid. así LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* III, vol. 10., 3a. parte, pág. 25, quien se remite en este punto a PENA Y BERNALDO DE QUIROS, loc. cit., pág. 749: "...sobre el nuevo objeto concurren, pues, dos autores, el de la obra originaria y el de la obra derivada, y, consiguientemente, en el nuevo objeto tienen derechos ambos: el derecho de uno de ellos, el del autor originario, es el derecho mismo que surgió con la creación original; el derecho del otro surge, en cierto modo, "ex novo" con la creación derivada."

¹³⁷⁸ "Nur so erklärt sich auch der unter geltendem Recht wohl unbestrittene Satz, daß der Bearbeiter ein Urheberrecht an seiner Bearbeitung erwirbt, gleichviel, ob er eine Bearbeitungserlaubnis erlangt hat oder nicht." (asi De BOOR, op. cit., pág. 151).

margen de que pudiera llegar a prohibírsele el ejercicio de los mismos.¹³⁷⁹

Como ya se ha dejado establecido, será necesario recabar la autorización del autor de la obra originaria para poder llevar a cabo la transformación o apropiación indirecta de que se trata. Y, como regla (art. 46.1.), la contraprestación que se estipule por la concesión de dicha autorización habrá de consistir en una participación en los beneficios obtenidos de la explotación de esa segunda obra (salvo que, por estimarse que la obra preexistente utilizada en esa segunda "creación intelectual" no constituye un elemento esencial de la misma, o sea pactar una remuneración a tanto alzado: art. 46.2. c)).

A estos efectos, la obra derivada actúa simplemente como base de cálculo de la remuneración que corresponda (arg. ex art. 90.1. y 2. LPI),¹³⁸⁰ sin que pueda reconocerse al primer

¹³⁷⁹ "...ob dieses Autorrecht im einzelnen Fall ausgeübt werden darf, ist eine andere Frage." (así KOHLER, *Urheberrecht...* cit., pág. 162).

¹³⁸⁰ Nada decimos del art. 90.3. porque la remuneración en él prevista, como compensación por ese tipo de utilizaciones masivas e incontroladas de la obra audiovisual (vid. supra capítulo primero, II; capítulo quinto, IV,2.) corresponde exclusivamente a quienes son coautores de la misma y legalmente no lo es el autor de la obra preexistente utilizada en la obra audiovisual, como se desprende del art. 87 de la vigente LPI.

El art. 87 LPI no admite interpretación extensiva (compárese con la regulación anterior: el art. 30. de la Ley de cine de 1966, después de referirse a los mismos sujetos que la norma actual añadía una cláusula extensiva: "También podrán gozar de esa consideración las restantes personas naturales que mediante una actividad de creación intelectual participen en la realización de dicha obra."), aunque solo sea porque cualquier cláusula de carácter abierto en esta materia

creador poder de decisión en cuanto a un objeto que resulta de la actividad creativa de otra persona (art. 5.1.).¹³⁸¹

Es decir, la percepción de tales ingresos no convierte al autor de la obra preexistente en titular de derechos ni siquiera en explotante de la obra derivada. El poder de autorizar o prohibir la utilización de la obra derivada radica en otro sujeto: su autor (o, en el caso concreto de la obra audiovisual, el cesionario presunto de sus (co)autores: el "productor": art. 88.1.).

En otras palabras, el poder del autor de la obra originaria se agota o "consume" en la concesión del permiso para que

entraña el peligro de que el productor de la obra audiovisual pudiera llegar a ser considerado como autor y eso es algo que no quiso el legislador español de 1987 (vid. Diario del Congreso. Comisiones, no. 131, de 13 de mayo de 1987, pag. 4941).

La Ley francesa de 1957, que recurre asimismo a una enumeración cerrada de los coautores de la obra audiovisual, quiso, sin embargo, incluir, declarándolos "asimilados" a aquellos, a los autores de la obra originaria utilizada en la audiovisual.

¹³⁸¹ Niega la doctrina alemana por práctica unanimidad que adquiera el autor de la obra originaria derechos sobre la obra derivada. Vid. así MARWITZ/MOHRING (op. cit., pag. 110); RUNGE (op. cit., pag. 100); De BOOR (op. cit., pag. 151); KOHLER (*Urheberrecht...* cit., pag. 162; pag. 212); y, en particular, vid. ALLFELD (op. cit., págs. 38-39; y pag. 159): "Keineswegs also will damit gesagt sein, daß dem Urheber <de la obra originaria> das ausschließliche Recht oder überhaupt ein Recht auf "die Bearbeitungen" schlechthin zustehe, also auch auf solche, welche ein anderer angefertigt hat...Wenn also jemand ohne Genehmigung des Urhebers dessen Werk bearbeitet, so verletzt er zwar durch die Herausgabe dieser Bearbeitung das Recht des Urhebers...aber wenn die Bearbeitung selbst sich als ein Geisteswerk darstellt, so ist andererseits der Originalrheber sowenig wie jeder Dritte befugt, die Bearbeitung ohne Genehmigung des Bearbeiters zu vervielfältigen usw."

su obra sea transformada o incorporada a la obra derivada^{1382 1383}

¹³⁸² Alude asimismo a la posibilidad de aplicar la "Erschöpfungslehre" o regla de la consunción también a este concreto aspecto de la "transformación" y a las relaciones entre dos obras u objetos diferentes que la misma suscita DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pág. 131: "Ware jedoch das Transformationsrecht im Sinne der spanischen Regelung nur dahin zu verstehen, daß es durch Erteilung der Transformationserlaubnis...ausgeübt und damit gewissermaßen erschöpft ist, dann mußte der Urheber des ursprünglichen Werkes gewissermaßen nur einmal gefragt werden."

¹³⁸³ Obsérvese el paralelismo que guarda este supuesto con el constatado en relación a los derechos del artista intérprete sobre su "interpretación". Vid. nuestro estudio del "derecho de distribución" (notas). Indicábamos allí que, una vez autoriza el intérprete la "reproducción" o fijación de su interpretación en un fonograma o en una grabación audiovisual (art. 102.3), el poder de determinación en cuanto a la utilización de su interpretación por esta vía se desplaza a los titulares de los derechos sobre tales objetos, es decir, el productor de fonogramas y el productor de grabaciones audiovisuales (arts. 108 y s.s.; arts. 112 y s.s. LPI). Solo se prevé entonces, para compensar al intérprete por tal extinción o consunción de sus derechos, la percepción de un porcentaje de los ingresos derivados de la comunicación pública del fonograma que lleve incorporada su interpretación (art. 103 LPI).

Para la utilización, paralela, de la grabación audiovisual a que haya sido fijada su interpretación no quiso, en cambio, el legislador español aplicar tal concepto retributivo. No tanto por razones de índole sustantiva, como por plegarse a intereses sectoriales, se negó el legislador a aplicar tal concepto de retribución, cuando la "interpretación" se halla fijada en un videograma. La Enmienda 123 del Grupo parlamentario Mixto (CDS), basándose en la identidad de fundamento en uno y otro caso, pretendía hacer extensiva la "compensación" del art. 103 también a la utilización de la "interpretación" en videograma. La Enmienda, rechazada por la Comisión del Congreso (vid. Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones, no. 131, de 13 de mayo de 1987, pag. 4947 : "...dadas las repercusiones de tipo económico que existen...") fue reiterada como Enmienda no. 5 ante el Senado, siendo allí definitivamente rechazada en el Pleno de la Cámara: "...no podíamos fijar para los videogramas un porcentaje, porque, a diferencia de lo que pasa con los fonogramas, no existe una tradición, no existe un consenso entre los diversos sectores para fijar ese porcentaje...en un fonograma cuando canta un cantante es muy fácil encontrar a ese cantante, fijarle la remuneración y pagarle; en un videograma habría que buscar a los extras, a todos los actores que intervienen en el videograma...La poca experiencia que tenemos en este campo nos hace no fijar todavía el porcentaje..."(vid. intervención del portavoz del Grupo parlamentario socialista en la discusión de la

- sólo entonces puede, por vía contractual, imponer limitaciones a la ulterior circulación de esa segunda obra - sin poder, a partir de entonces,¹³⁶⁴ excluir la utilización mediata o indirecta que aquélla realiza de ésta.¹³⁶⁵

Aun así, y a pesar de la estricta delimitación que desde el punto de vista jurídico pretendemos trazar entre los derechos sobre uno y otro objeto, lo que es inevitable es que en el tráfico puedan llegar a producirse situaciones de colisión entre unos y otros derechos.

Enmienda. Diario de Sesiones del Senado, no. 46, de 7 de octubre de 1987, pag. 1787).

¹³⁶⁴ Lo que se afirma en el texto es sin perjuicio o a salvo el derecho ("moral": art. 14.3o.) que se reconoce a todo autor a exigir el debido respeto a la integridad de su obra: "El autor de la obra principal puede, aunque haya dado su autorización para la realización de la derivada, exigir que esta última respete la dignidad y el espíritu de la principal. Podrá protestar, así, contra una adaptación a la pantalla que desnaturaliza su novela, o contra una antología hecha con espíritu tendencioso que por medio de cortes maliciosos da una falsa idea de la obra del autor. Pero el derecho al respeto debe entenderse dentro de ciertos límites: es inevitable que cualquier obra sufra modificaciones al adaptarse, y al adaptador, por consiguiente, le queda un cierto ámbito de autonomía en su trabajo." (así LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* III, vol. 1o., 3a. parte, cit., pág. 25).

¹³⁶⁵ La tesis que mantenemos quedaría confirmada por el art. 14bis, apdo. 2. b) del Convenio de Berna: "...los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica...una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones, no podrán, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación, y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos de la obra cinematográfica." Es cierto que el precepto podría estarse refiriendo, tanto a los autores de la obra preexistente, como a los coautores de la obra audiovisual, pero el propio art. 14bis, apdo. 3. declara que ese apdo. 2. b) no es aplicable en principio a estos últimos.

En rigor, la obra preexistente y la versión de la misma utilizada en la obra derivada constituyen objetos diferentes (arg. ex arts. 11; 21 Ley);¹³⁸⁶ y, sin embargo, dada la semejanza y posible asociación (o incluso "confusión": art. 39 LPI; art. 65 Regl.) entre ambos se convierten en el tráfico en objetos tangentes, de manera que la utilización simultánea de ambos bajo una misma modalidad pudiera resultar lesiva para la explotación de cualquiera de ellos (cfr. art. 60. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: "Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno.").

Es decir, en muchos supuestos pueden entrar en colisión la explotación de uno y otro objeto. En congruencia con ello, nos parece que - además del ya citado vínculo de contenido exclusivamente económico, que convierte al autor de la obra originaria en mero receptor pasivo de un porcentaje de los ingresos que genera la obra derivada (arg. ex art. 90.1.) - se crea entre los autores de una y otra obra un segundo vínculo, consistente en un recíproco deber u obligación de

¹³⁸⁶ "Der Autorschutz reicht so weit, als der Gegenstand des Autorrechts reicht; sobald daher jemand auf einen anderen Gegenstand übergeht, wenn auch auf Grund der Anregung, welche er von dem einen Gegenstand erfahren hat, ist von einer Verletzung des Autorrechts keine Rede mehr...Der darauf beruhende Zusammenhang hat nur noch moralische, nicht mehr juristische Bedeutung; denn die Rechtsordnung kann die Befugnisse nur so weit erstrecken, als das geschaffene Gebilde geht..." (vid. KOHLER, *Urheberrecht...* cit., pag. 212).

carácter negativo, de abstenerse de aquéllas utilizaciones de sus respectivas obras que concurren frontalmente, y en concreto, la explotación bajo idéntica modalidad, en el mismo tiempo y en el mismo ámbito territorial (vid. art. 43.1. LPI).¹³⁸⁷

He aquí para nosotros, después de la ya aludida necesidad de autorización, la segunda exigencia que deriva de la fórmula "sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente" del art. 21.2. (y concordantes) LPI. En este punto nos parece, sin embargo, que la fórmula del art. 21.2. es reversible: significa también "sin perjuicio de los derechos del autor de la obra derivada". Tanto uno como otro autor están obligados recíprocamente a abstenerse de cuanto pudiera perturbar la explotación de cualquiera de esas dos obras.

Quedaría reflejada dicha idea en el art. 89.2., del que se desprende que tampoco puede el autor de la obra preexistente utilizada en una obra audiovisual perjudicar la explotación

¹³⁸⁷ Al problema de la concurrencia entre la explotación de la obra originaria y la explotación de la obra derivada se refiere De BOOR en los siguientes términos: "Die Lösung durfte darin liegen, daß die Identität der äußeren Sprachformen für das Rechtsleben nicht nach den Grundsätzen philologisch exakter Vergleichung, sondern nach der praktischen Würdigung der Verkehrsanschauung festgestellt werden muß... Nach dem gleichen Gesichtspunkt muß auch die Mitteilung einer solchen Bearbeitung als Eingriff in das Urheberrecht des Erwerbers angesehen werden, die das Werk in einer Fassung wiedergibt, welche dem Erwerber nicht bloß Konkurrenz zu machen geeignet ist - das tun Übersetzung, Verfilmung, insbesondere Dramatisierung auch - sondern nach den praktischen Anschauungen des Verkehrs als wesensgleich mit der geschützten Sprachform anzusehen ist." (vid. De BOOR, op. cit., pag. 159).

de dicha obra derivada. En concreto, no puede (art. 89.2. "a contrario") disponer de su obra¹³⁸⁸ para otra obra audiovisual hasta que hayan transcurrido quince años desde que puso aquélla a disposición del productor, causahabiente presunto de los coautores de la obra derivada (art. 88.1.).¹³⁸⁹

No hay por qué entender ceñida dicha restricción al caso particular de que la obra derivada sea una obra audiovisual.

¹³⁸⁸ El art. 89.2. se refiere incorrectamente a la obra preexistente como "aportación" a la obra audiovisual (vid. también el ya citado art. 14 bis apdo. 2. b) del Convenio de Berna: "las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica"). El término "aportación" nos parece incorrecto, porque previamente ha sido utilizado por la propia Ley vinculado a los supuestos de coautoría (arts. 7 y 8 LPI) y, como ya hemos tenido oportunidad de indicar (vid. nota), el autor de la obra preexistente utilizada en la obra audiovisual no tiene la consideración de coautor de la obra audiovisual.

¹³⁸⁹ La obligación negativa impuesta al autor de la obra preexistente era incluso más rígida en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual; el art. 88.2. del Proyecto (homólogo del art. 89 actual) establecía: "En todo caso, el autor de la obra preexistente adaptada podrá disponer de su obra en forma aislada a los diez años de haber puesto su respectiva aportación a disposición del productor de la obra audiovisual." Es decir, antes de esos diez años se impedía al autor de la obra preexistente toda utilización en forma aislada de su obra, mientras que el art. 89.2. actual le permite, cuando menos, "explotarla en forma de edición gráfica y de representación escénica". El cambio de redacción obedece a la aceptación por la Ponencia del Congreso de la Enmienda 290 del Grupo Socialista al citado art. 88 del Proyecto. La Enmienda fue presentada con la siguiente justificación: "En el segundo párrafo se pretende diferenciar entre la utilización de la obra por el autor, por otra obra audiovisual, por lo cual opera el plazo de quince años, y otras utilidades en modalidades diferentes de la explotación audiovisual (por ejemplo edición gráfica o representación escénica) que deben permitirse al autor <de la obra preexistente> salvo pacto en contrario..." (vid. BOCG de 1987. Congreso, Serie A, no. 14-6, de 11 de febrero, pag. 112).

sino a todo supuesto en que haya cuestión de la relación entre obra originaria y obra derivada.¹³⁹⁰ Lo que resulta, en cambio, más difícil de establecer es si dicha obligación negativa y de carácter recíproco que queremos extraer de preceptos como el art. 21.2. (y concordantes) y del art. 89.2. vincula exclusivamente a quienes sean parte en el contrato de transformación o hayan constituido el título que atribuye autorización para realizar la obra derivada o se impone a cualquier causahabiente de tales sujetos.

Nos parece excesivo asignar eficacia "erga omnes" a esa prohibición recíproca a que ahora nos estamos refiriendo: es decir, no creemos que pueda el autor de la obra originaria exigir de cualquier tercero que se abstenga o suspenda la explotación concurrente (y por ello "infractora": art. 124.1. a)) de la obra derivada ni que pueda tampoco el autor de la obra derivada (o, en el supuesto concreto de la obra audiovisual, su productor) dirigirse a un cesionario del autor originario con idéntica pretensión respecto a la explotación de la obra preexistente. Sin embargo, nos parece

¹³⁹⁰ La justificación con que la Ponencia del Congreso aceptó la Enmienda a ese precepto hace pensar que el espíritu de la norma no se circunscribe a las relaciones entre la obra audiovisual y la obra preexistente en ella utilizada: "El art. 88 <89 actual> es fruto de la aceptación de la enmienda 290, del Grupo Socialista, cuyas dos novedades más importantes son, de una parte, la ampliación a quince del plazo de diez años previsto en el apartado 2 y, de otro lado, la fórmula que permite entender que el autor que cede sus derechos para que se represente teatralmente una novela no pierde por ello sus derechos a publicarla como tal novela, ejemplo que puede servir para explicar el espíritu de la modificación a que aludimos." (vid. el Informe de la Ponencia del Congreso en BOCG de 1987, Congreso, Serie A, no. 14-7, de 22 de abril, pág. 151).

que sí cabe considerar que los contratos celebrados violando tal prohibición de explotación concurrente encajarían en la categoría del contrato celebrado en daño de tercero y que por esta vía cabría, cuando menos, exigir responsabilidad a esos sujetos ajenos a la autorización inicial para "transformar" o crear una obra derivada.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los orígenes de la protección al autor, en su faceta patrimonial, se vinculan al descubrimiento de la imprenta, puesto que el germen del moderno derecho de autor se sitúa en los llamados privilegios de impresión. No obstante, su reconocimiento como derecho subjetivo, cuya regulación corresponde al Derecho privado, no es anterior al siglo XVIII. Fue entonces, cuando por influencia de las tesis del Iusnaturalismo y la Ilustración, se articula la noción de "propiedad del autor".

SEGUNDA. Los textos legales europeos del siglo XVIII, al designar el derecho que corresponde al autor sobre su obra como propiedad "sui generis", pretendieron distanciarse de la idea odiosa de privilegio o concesión graciosa del soberano y asegurar al autor, frente a quienes contestaban su derecho, la máxima protección, invocando para ello la imagen del derecho de propiedad, que es el más poderoso derecho sobre las cosas. No existía todavía en este momento el propósito de calificar y definir taxativamente la naturaleza de tal derecho.

TERCERA. En España, el mismo proceso de ruptura con el sistema de los privilegios de imprenta y la incorporación del derecho de autor al Derecho Privado se inscribe en el periodo de transito del Estado absoluto al Estado de Derecho. Es por ello que el reconocimiento de tal derecho como derecho subjetivo, además de tardío (en relación al

que es la noción de propiedad que reconoce el Código civil, con la existencia de "unas propiedades" o derechos limitados e intervenidos, en aras de la conveniencia colectiva.

SEPTIMA. La persistencia en el ámbito jurídico español de la tesis del derecho de autor como "propiedad especial" o aplicación particular del derecho de propiedad en general redunda en situaciones de verdadera desprotección del autor:

- A) No se regulan títulos o contratos específicos de cesión a terceros de la explotación de la obra, adecuados a la especificidad de tal objeto.
- B) Se suprime la protección al autor y demás titulares de la propiedad intelectual a la estricta observancia de rígidas formalidades.
- C) Se marginan los intereses personales del autor en su obra (el llamado "derecho moral" de autor, categoría inexistente en la Ley especial, pero reconocida en convenios internacionales suscritos por España). La doctrina española acoge con reticencia el "derecho moral" y la jurisprudencia se resiste a reconocer al autor un núcleo de poder intransmisible, inherente a su condición de autor, que le permita seguir siendo el titular último de las decisiones que afectan al destino de su creación.

D) La aparición de medios y procedimientos de difusión de creaciones intelectuales, cada vez más sofisticados (con el consiguiente aumento de las posibilidades de defraudación de los derechos de autor) no puede encontrar respuesta en una Ley promulgada a fines del siglo XIX. Para sostener la vigencia de la centenaria Ley de 1879, se dictan infinidad de disposiciones de rango inferior, de ámbito sólo sectorial.

OCTAVA. Con la promulgación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, se intentan superar los inconvenientes del anterior régimen de la propiedad intelectual. La vigente Ley española de Propiedad Intelectual define el derecho de propiedad intelectual que corresponde al autor sobre su obra como "derecho" integrado a la vez por facultades de carácter personal y patrimonial, que le atribuyen la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de su obra.

NOVENA. No sólo el reconocimiento de la faceta personal o "moral" del derecho de autor, sino también el desglose minucioso que en la Ley de Propiedad Intelectual se realiza del contenido patrimonial del derecho reviste carácter novedoso respecto a la anterior legislación española. La vigente regulación de los "derechos de explotación" no aparecía como tal en los precedentes legislativos de la Ley de 1987. Si bien en tanto que manifestaciones de carácter

patrimonial no eran desconocidos en el sistema de la "propiedad especial", no se les dotaba de la regulación específica de la Ley actual. La Ley de 1987 procede, a una regulación, a la vez detallada y de síntesis, de las distintas actividades de utilización de la obra intelectual que constituyen el contenido de los "derechos de explotación".

DECIMA. La incidencia de los nuevos medios o procedimientos de comunicación en las "formas" (cfr. art. 17 LPI) o posibilidades concretas de utilización de la obra intelectual es un imperativo al que desde principios del siglo XX están haciendo frente los convenios internacionales sobre propiedad intelectual y los diversos ordenamientos estatales. Cuando, a su vez, ha correspondido al legislador español afrontar el mismo fenómeno, su tarea se ha visto en gran medida allanada, gracias a la experiencia, tanto científica como práctica, acumulada en otros ámbitos jurídicos. En concreto, la Ley española de 1987 ha tomado como guía la Ley alemana de derecho de autor de 1965, que es el texto de la Europa occidental que acredita una mayor tradición en la regulación de las "formas" o actividades de explotación de la obra intelectual.

UNDECIMA. Las "formas" de explotación reservadas "en especial" al autor (vid. art. 17 LPI) son las mismas que enuncia y describe la Ley alemana de 1965: "reproducción",

"distribución", "comunicación pública" y "transformación". Cada una de esas actividades constituye el contenido de una facultad (que la Ley designa como "derecho") del mismo nombre: "derecho de reproducción"; "derecho de distribución"; "derecho de comunicación pública" y "derecho de transformación".

DUODECIMA. El "derecho de reproducción" que corresponde al autor sobre su obra, hasta el presente "derecho" o facultad principal" de los que integraban el contenido de la propiedad intelectual (por estar vinculado ese derecho al descubrimiento de la imprenta), es ahora uno más de los que corresponden al autor. En la actual definición legal de la actividad de "reproducción", se constata que la "reproducción" de la obra ha dejado de ser sinónima de la obtención de una pluralidad de copias o ejemplares de la misma. Basta con la obtención de un único ejemplar o "fijación" material de la obra para entender consumada su reproducción (art. 18 LPI), con independencia además del ulterior destino de dicha "fijación". Ello permite romper con el exclusivismo tradicional de la edición impresa e incorporar a la noción legal la reproducción fonográfica y audiovisual, que son actividades tendentes a la "fijación" de la obra en un medio que permite su ulterior comunicación.

DECIMOTERCERA. El "derecho de distribución" se reconoce por primera vez como facultad o "derecho" independiente, porque

en el régimen de la propiedad intelectual hasta ahora vigente se presentaba este concreto poder de actuación sobre la obra como complementario del "derecho de reproducir" o "publicar", de manera que sólo se protegía al autor frente a la distribución in consentida de ejemplares de su obra si habían sido obtenidos éstos sin su autorización. Al contemplarse ahora la "distribución" como contenido de un "derecho" autónomo, que también queda reservado al autor, se faculta a éste para controlar la ulterior circulación de ejemplares de su obra, hayan sido obtenidos éstos lícita o ilícitamente. En aras de la seguridad del tráfico, se articula, no obstante, un límite legal, específico de este concreto "derecho": el "derecho de distribución" se "agota" o "consume" tras la primera "venta" de ejemplares operada con consentimiento del autor. No puede éste a partir de entonces imponer condiciones o controlar el destino y utilización de los ejemplares en manos de particulares.

DECIMOCUARTA. Como "derecho de comunicación pública", designa conjuntamente la Ley una serie de actividades de utilización de la obra en forma incorporal, es decir, sin puesta a disposición del público de ejemplares de la misma. Bajo dicha designación jurídica unitaria, se fusionan una serie de posibilidades de utilización de la creación intelectual que, en el tráfico, revisten carácter sumamente heterogéneo: junto a la "representación", modalidad más antigua de comunicación de la obra en forma incorporal, se colocan actividades que ya no son de disfrute directo e

inmediato de la obra, sino que, consisten en una "utilización secundaria" de la misma, a partir de grabaciones de actos de comunicación previamente realizados, ofrecidos al público en un momento posterior. Dentro también del "derecho de comunicación pública", se procede a la regulación de las actividades de difusión a distancia o de "telecomunicación" de la obra.

DECIMQUINTA. Con el precepto consagrado en la Ley al "derecho de transformación", se relacionan en una única proposición legal dos aspectos que en la anterior legislación de la propiedad intelectual se contemplaban por separado. De una parte, la protección al autor de una obra preexistente frente a la modificación in consentida de la misma o su incorporación o aplicación a la obra creada por otro sujeto. De otra, el reconocimiento de que, de resultas de tales intervenciones sobre la preexistente obra ajena, puede llegar a crearse una "obra diferente", derivada de aquélla, que convierte, a su vez, al segundo creador en titular de derechos de propiedad intelectual en calidad de autor. La coexistencia entre ambos objetos de derecho no se regula en abstracto, mediante normas generales, sino a partir de las normas relativas al llamado "contrato de transformación", que aunque referido sólo a las relaciones entre el productor de una obra audiovisual y el autor o autores de las obras preexistentes en ella utilizadas, permite al intérprete inferir normas para excluir la

competencia en la explotación, sea en perjuicio de la obra preexistente, sea en perjuicio de la obra derivada.

DECIMOSEXTA. El estudio de la actual regulación de las "formas" o actividades de explotación de la obra o creación intelectual proporciona elementos para proceder a un juicio sobre el nuevo régimen de la propiedad intelectual que en el ordenamiento jurídico español inaugura la Ley de 1987:

- A) Merece el citado texto ser alabado por su intento de subvenir simultáneamente a la pluralidad de carencias de la anterior legislación que se han sido poniendo de relieve en las anteriores conclusiones.

- B) Pero, más allá del citado propósito, cabe criticar la precipitación con que ha procedido el legislador español. Se han improvisado muchas veces soluciones transcribiendo, sin más, preceptos de Leyes estatales extranjeras, sobre todo de la ya citada Ley alemana de 1965 (comp. así nuestros arts. 19,2; 25; 56; 103 y 119, que coinciden, respectivamente, con sus párrafos 17 (2); 54; 44; 86 y 71), pero sin haberse indagado sobre el contexto y la mecánica de tales disposiciones. No es entonces de extrañar que, ya a los cuatro años de su entrada en vigor, se encuentre la Ley de 1987 en vías de modificación: a fines de 1991 ha ingresado en las Cortes un Proyecto de Ley de reforma de la de Propiedad Intelectual. No introduce

dicho Proyecto, tanto variaciones en el contenido de los preceptos que modifica (son algunos de ellos los traducidos del texto alemán), como cambios de dicción destinados a aclarar su alcance y reglas destinadas a facilitar su aplicación práctica.

- C) La imprevisión del legislador español a la hora de regular sobre el derecho de autor debe, en todo caso, ser disculpada: el desinterés tradicional de la doctrina civilista española por tal institución no ha permitido a nuestro legislador apoyarse en principios y soluciones contrastados científicamente en nuestro propio ámbito.