

El requisito de la originalidad en los derechos de autor

• I. Introducción: copyright versus derechos de autor.	1
• II. Criterios de originalidad: la casuística en la protección	2
• a) Planteamiento.	2
• b) La originalidad objetiva.	3
• c) La originalidad subjetiva.	5
• d) El criterio intermedio.	8
• III. Conclusiones	10

I. Introducción: copyright versus derechos de autor. ➡

El concepto que abordamos en este trabajo es uno de los requisitos que debe cumplir cualquier creación humana para obtener la protección a través de los "derechos de autor" ¹. En palabras de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO "es el requisito esencial para que una creación sea considerada como obra" ².

A pesar de los intentos armonizadores a nivel internacional ³, para una adecuada delimitación del concepto de "originalidad" es necesario situarse ante dos grandes sistemas jurídicos claramente diferenciados; como son el Derecho Continental y el Derecho Anglosajón. Estos ordenamientos mantienen diferentes concepciones jurídicas caracterizadas, a rasgos generales, en que mientras el *Common Law* otorga una valoración superior a los derechos económicos, el Derecho Continental pone el acento en los derechos individuales de las personas ⁴. Este planteamiento da lugar a dos pensamientos sobre la propiedad intelectual; los derechos de autor propios del Derecho Continental, y el *copyright* del Derecho Anglosajón. Los cuales, a su vez, conciben de distinta manera la originalidad, lo que obligaría a un estudio separado de los mismos. Estudio que no es objeto del presente trabajo, por lo que enunciaremos someramente las diferencias entre ambos para posteriormente centraremos en los derechos de autor y en las diferentes concepciones que nos ofrece.

El *copyright* ⁵, es en palabras de LIPSZYC ⁶, en comparación con el derecho de autor de alcance "más limitado en cuanto a los derechos subjetivos que reconoce, y más extenso tanto en relación con el objeto de la protección ⁷como en relación con las personas que admite como titulares originarios del derecho". Por otro lado, la concepción continental del derecho de autor tiene su origen en el acto de la creación, y la relación autor-obra es afianzada mediante la extensión de las facultades del creador y de su poder de decisión, impidiendo que la obra pueda salir por completo de la esfera de su personalidad. El Derecho Continental europeo protege el derecho moral y patrimonial, mientras que el derecho anglosajón pone el acento en el aspecto patrimonial ⁸.

El Derecho Anglosajón exige que la obra esté fijada en un soporte material ⁹ y que sea original, pero original en el sentido, simplemente, de no ser copia de una obra anterior. Recordemos que *copyright* significa literalmente derecho de copia y su protección se circunscribe, básicamente, a evitar la misma.

En nuestro Derecho Continental, el único requisito exigido para obtener la protección es la originalidad de la creación resultando, absolutamente, indiferente el registro de la obra o, su valor artístico o, su licitud; ni tan siquiera su fijación en un soporte es necesario, a pesar

de que la propia naturaleza de ciertas obras, como las obras plásticas o pictóricas, requieran necesariamente de un soporte. Los derechos surgen por el mero hecho de su creación¹⁰. Desde mi punto de vista, el concepto de originalidad en el Derecho Continental ofrece más matices que el Derecho Anglosajón, en el primero no sólo se exige que la creación no sea copia, sino que además también existen factores que deben individualizarla, es decir, personalizarla.

II. Criterios de originalidad: la casuística en la protección ➔

a) Planteamiento. ➔

A lo largo de nuestra historia, el Derecho ha ido evolucionando, principalmente, de la mano de las distintos medios de explotación comercial, aquellas actividades sociales que han movido una mayor cantidad de capital son las que han suscitado, generalmente, el interés del legislador.

La explotación de lo que tradicionalmente se ha entendido como arte ha sufrido a lo largo de estos últimos siglos una evolución extraordinaria que, finalmente, ha desembocado en lo que hoy conocemos como red de redes.

La escasa posibilidad de utilización comercialmente de las obras tradicionales, principalmente pictóricas y escultóricas, que acababan en manos de amantes del arte o bien eran transmitidas hereditariamente, explica que este tipo de obras no movieran un mercado muy amplio. Sin embargo, esta situación cambia con las subasta y empieza a regularse el llamado *droit de suite*, pero la naturaleza de este tipo de obras ha seguido dificultando su reproducción para su comercialización (al menos en ese formato, otra cosa son las fotografías de esas obras o más recientemente su digitalización).

Esta situación, que sigue siendo cierta para este tipo de obras ya no lo es para el resto de obras protegidas a través de los derechos de autor. Los avances tecnológicos abren nuevas posibilidades de expresión de la creación humana y aparecen nuevas obras, cuya reproducción es sencilla y fructífera, y en las que la comunicación es simultánea, con grandes mercados donde se mueven cantidades exorbitantes de capital. Su calificación como obra y su encuadre dentro de la rama de los derechos de autor dependerá, precisamente, de la originalidad.

En el surgimiento de una sociedad en la que los derechos de autor están adquiriendo una importancia sin parangón hasta el momento y en la que las nuevas posibilidades de explotación de estas creaciones abre un margen de rentabilidad económica aún por determinar, es donde, en opinión de quien suscribe, el concepto de originalidad va a resultar determinante.

El término "originalidad" aparece por primera vez en la derogada Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual en el párrafo 1 del artículo 10¹¹. Según este precepto, que ha sido mantenido en su integridad por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual¹² (en adelante LPI):

"Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido que se invente en el futuro"

Este artículo refleja el convencimiento de nuestro legislador de la necesidad de dicho

requisito para obtener la protección a través de los derechos de autor.

En opinión de SÁNCHEZ ARISTI ¹³, en nuestra LPI no es "seguro atenerse a la literalidad del artículo 10 cuando emplea la expresión 'creaciones originales', puesto que la más probable función del adjetivo parece ser la de establecer un contraste con los otros grupos de obras protegidas (conforme a los artículos 11 y 12 LPI), caracterizadas por tratarse de obras derivadas. Por ello la construcción de la originalidad como criterio de protección debe realizarse en nuestro sistema a partir de la jurisprudencia". De esta manera, se pone de manifiesto el poco tino del legislador al distinguir entre obras originales y obras derivadas. La doble utilización del concepto originalidad como criterio de protección y como tipo de obra no hace sino crear más confusión. La obra derivada deberá tener igualmente originalidad para ser protegida a través de los derechos de autor, como ocurre con las obras originales que se diferencian de las derivadas por no haber utilizado para su creación como base alguna obra anterior. Quizás sería más efectivo distinguir entre obras no derivadas y obras derivadas, o simplemente entre obras y obras derivadas.

Trás esta primera reflexión, pasamos a abordar la pregunta central del presente trabajo, ¿qué debemos entender como originalidad?. Mientras que nuestra Ley habla de *creaciones intelectuales*, la Ley alemana hace referencia a *creaciones espirituales* personales, la italiana a *obras del ingenio de carácter creativo* y la francesa a *obras del espíritu*. Estos cuatro conceptos abren el abanico a las distintas teorías existentes en nuestro entorno jurídico sobre la originalidad que no son otras que: a) la originalidad objetiva, b) la originalidad subjetiva y, c) el criterio intermedio.

b) La originalidad objetiva. ➔

Antes de abordar este criterio, conviene detenerse brevemente sobre una cuestión terminológica. Un sector de la doctrina ¹⁴ utiliza la expresión "novedad" como prácticamente sinónimo a la originalidad. A nuestro juicio, la utilización de un término jurídicamente vinculado al derecho de patentes para hacer referencia a un criterio de protección propio de los derechos de autor debería ser reconsiderado.

En efecto, aun cuando la originalidad objetiva pueda equipararse semánticamente a "novedad", su uso equivalente puede restar precisión a la hora de delimitar jurídicamente un concepto, de suyo, suficientemente ambiguo. No obstante, y a pesar de mantener cierta reticencia, haremos uso del término "novedad" en aras a proseguir con la exposición del criterio de la originalidad objetiva.

Así, la doctrina partidaria de este criterio se divide en dos vertientes. La primera, que resulta favorable a la novedad objetiva, entre la que existen discrepancias doctrinales sobre el grado de novedad exigible, es decir, si ésta debe ser absoluta o relativa. La segunda, la constituyen los defensores de la novedad subjetiva

En primer lugar, la teoría de la novedad objetiva ¹⁵, que encuentra en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ¹⁶ uno de sus mayores defensores, viene a tutelar bajo los derechos de autor solamente aquellas creaciones humanas que sean objetivamente nuevas, es decir, requiere la aportación al patrimonio cultural de algo que con anterioridad a la misma no existía. ¹⁷ Este criterio es el único que reconoce el sistema anglosajón, que defiende la protección de las creaciones humanas siempre y cuando no sean una copia de creaciones anteriores.

Una vez aceptado esto, los partidarios de esta teoría se cuestionan el grado de novedad exigible a la nueva creación, es decir si la obra debería ser totalmente nueva, novedad absoluta, o si por el contrario bastaría con que la creación fuera relativamente nueva, novedad relativa. La elección que hagamos ante estos dos criterios afectará,

decididamente, al número de obras que podrán ser protegidas por los derechos de autor, cuando la obra tiene un grado de originalidad muy bajo cualquier otra creación parecida será considerada distinta y reconocida como obra siempre que presente alguna variación o cambio, mientras que cuando mayor originalidad tenga una obra mayor será su campo de protección frente a creaciones parecidas y viceversa.¹⁸

El criterio de la novedad objetiva en su vertiente absoluta supondría aceptar un concepto de novedad muy similar a la novedad en materia de patentes, cuando, realmente, los objetivos defendidos por ambos criterios de protección son diferentes¹⁹. En patentes se protege la innovación tecnológica y, normalmente, cada nueva patente desbanca una anterior que tecnológicamente ya se ha quedado anticuada. Los derechos de autor vienen a proteger las aportaciones individuales al patrimonio cultural de la nación sin que las nuevas aportaciones devalúen las anteriores, el Quijote sigue siendo único a pesar de que con el tiempo aparezcan más libros sobre caballerías. Asimismo, esta teoría es la que más limita las creaciones objeto de protección a través de la propiedad intelectual, cuestión que va en contra del espíritu de la propiedad intelectual que pretende el fomento de la cultura a través de la protección de las creaciones humanas.

La teoría de la novedad absoluta resulta además contradictoria con algunos artículos de la LPI, puesto que sí para que una creación sea protegida, necesariamente, "debe" ser distinta a las demás creaciones existentes, ¿cómo explicamos la protección a través del Libro I de nuestra LPI de las obras derivadas, las obras compuestas, las colecciones y bases de datos y las obras transformadas?. Ante esta contradicción los partidarios de la novedad objetiva absoluta defienden que la LPI fija tres grados de originalidad en función del tipo de obras a proteger²⁰, así se exige una originalidad mayor para las obras reguladas en el artículo 10²¹, una originalidad menor para las obras del artículo 11²², y una originalidad mínima para las obras del artículo 12²³. Si esto es así y nuestro legislador ha querido establecer distintos grados de originalidad objetiva debería haberlo regulado de una forma más explícita, puesto que la ventaja de este criterio se elimina con esta concepción, es decir, si la originalidad objetiva nos otorga una mayor seguridad jurídica ésta desaparece en cuanto hay diversos grados de originalidad objetiva. Pero además, la principal aportación de esta teoría, que impediría la protección de las creaciones dobles, tiene aquí otro gran resquicio puesto que sí para saber cuando una creación es original, es decir, diferente a todo lo existente hasta ese momento, debemos realizar un juicio de valor en relación a las obras preexistentes nos encontramos ante un análisis relativo que no examina la obra considerada en sí misma²⁴.

Por otro lado tenemos el criterio de la novedad objetiva en su vertiente relativa que vendría a afirmar que para que una creación sea considerada original no es necesario que sea diferente del patrimonio cultural existente sino que bastaría con que el autor hubiera sabido organizar, en modo nuevo, elementos preexistentes del patrimonio común.²⁵ Esta teoría, a diferencia de la anterior, permite explicar la existencia en la LPI de los artículos 11, 12 y 21 y los distintos grados de originalidad exigidos para que las creaciones sean tuteladas por los derechos de autor. Desde mi punto de vista, cuando los autores partidarios de la originalidad objetiva absoluta defienden la existencia de distintos grados de originalidad ya están aceptando la originalidad relativa, sin embargo sigue pendiente la cuestión del grado exacto de originalidad exigido.

La teoría de la novedad objetiva tiene, en opinión de VALERO MARTÍN²⁷, una laguna, puesto que no permitiría justificar la existencia de los derechos morales del autor, que encuentran el fundamento de su concesión en la íntima conexión existente entre el autor y su obra.

En segundo lugar, la novedad objetiva subjetiva supondría que una obra es original en la medida en que sea fruto de la creación de su autor, a pesar de que existiera otra obra igual, siempre y cuando éste no haya querido copiar la existente ni consciente ni

inconscientemente. El principal problema que plantea esta opción es la dificultad de probar que no se copió, pero además nos encontramos con la posibilidad de proteger obras iguales con distinto titular.

En palabras de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO este sistema "propiciaría la confusión y la incertidumbre, puesto que lo importante en cada caso sería probar que, a pesar del parecido o la igualdad con una obra preexistente, no se copió, con el agravante de que habría que plantearse si obras libremente utilizables, por ser de dominio público, no volverían a ser objeto de propiedad intelectual cuando fuesen creadas originalmente (sin copiar) por alguien"²⁸.

De acuerdo con VALERO MARTÍN²⁹ "la novedad subjetiva no es un criterio que pueda determinar lo que es o deja de ser originalidad, puesto que se remite a la averiguación de algo que está fuera de la obra: el conocimiento o no de la existencia de otra obra igual"

Así, la principal diferencia entre la novedad objetiva y la novedad subjetiva de la originalidad, radicaría en que la objetiva protege las creaciones siempre y cuando aporten algún elemento que con anterioridad a la misma no existiera en el patrimonio cultural, mientras que la novedad subjetiva proteger aquellas creaciones que a pesar de ser muy "similares" a las existentes demuestren que no se conocía la existencia de la obra anterior en el momento de la creación, es decir, demuestren que no hubo copia.

c) La originalidad subjetiva. ➔

La teoría de la originalidad subjetiva defiende la protección de la creación siempre y cuando ésta sea el reflejo de la personalidad de su autor³⁰. Sin que esto deba suponer que, sólo en aquellos casos en que se pueda determinar el autor estamos ante una obra protegible, lo importante es que se plasme la personalidad del autor³¹ no que a través de la obra se pueda determinar quién es el autor o a que escuela pertenece³².

Esta teoría ha sido ampliamente criticada por los defensores de la novedad objetiva, básicamente, por su aparente permisibilidad con la copia y con la protección de las creaciones dobles.

Su aparente permisibilidad con la copia tiene su origen en la propia concepción de la originalidad subjetiva, que defiende la protección de las creaciones humanas siempre y cuando reflejen la personalidad de su autor, a pesar de que no aporten nada nuevo al patrimonio cultural existente³³. Para un sector doctrinal, esto conlleva proteger aquellas creaciones que, a pesar de ser copias de obras existentes, han sido ejecutadas por otro autor, y si bien esto es hasta cierta medida cierto, parte de un error, como recientemente apuntábamos, puesto que no debemos confundir la originalidad subjetiva con la persona física del autor³⁴. El hecho de que la creación sea ejecutada por un ser humano no significa que esté imbuida de la personalidad de su creador. En relación con este punto, no es menos cierto que para la utilización de una obra preexistente (en el caso de que partamos de que la obra ha sido copiada por un sujeto distinto al creador inicial) se requiere la autorización de su autor y en caso contrario se estaría cometiendo una infracción de la propiedad intelectual. Además, si la nueva obra resultante obtenida con el consentimiento del autor de la obra previa (me resisto a calificarla de "original") refleja la personalidad de su nuevo autor, no debería haber ningún problema en proteger una creación que, por sí misma, goza de una individualidad que tiene su origen en la personalidad de su creador.

Al hilo de este razonamiento, conviene recordar que un mismo tema o motivo puede ser tratado por diferentes autores y mantener la originalidad en la medida en que refleje la impronta personal de su creador, ejemplos de esta realidad los podemos encontrar en

numerosas obras, solamente cabe recordar los diversos cuadros sobre La Piedad, escena en que la Virgen María abraza a su hijo Jesús muerto, entre los que destacaremos, a título de ejemplo, los cuadros de Fernando Gallego y Rogier de La Pasture, ambos ubicados en el Museo del Prado.

En relación con las "creaciones dobles", ciertamente con la originalidad subjetiva no se protege la novedad sino el reflejo de la personalidad, es decir, nos podríamos encontrar, por ejemplo, ante dos obras muy similares que reflejen la personalidad de sus autores y que, por lo tanto, serían protegibles a través de los derechos de autor.³⁵ Para evitar esta situación, habría que delimitar el alcance de la originalidad subjetiva, a este respecto, las opiniones sobre el tema son tan dispares que llegan incluso a ser contrapuestas. Así, algunos autores opinan que la protección de las creaciones humanas a través de la originalidad subjetiva supondría proteger todo aquello que ha sido creado por el hombre, puesto que en todo caso reflejaría la personalidad de su autor (cuestión a la que nos referíamos anteriormente). Mientras que otra rama doctrinal considera que la protección a través de este tipo de originalidad podría suponer restringir los objetos de protección, puesto que sería necesario que la obra reflejara sin lugar a dudas la personalidad de su autor.

En mi opinión, no debemos confundir ninguno de los dos extremos. Es una realidad que toda actuación del ser humano comporta un cierto grado de subjetividad, pero esto no significa que cualquier "creación" refleje la impronta personal de su autor. El hombre crea en ocasiones de manera mecánica o automática. Además, como señala acertadamente BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO³⁶, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992, una cosa es determinar quién ha sido el creador de un objeto y otra cosa pronunciarse sobre la originalidad del mismo, es decir, la ausencia o desconocimiento del autor³⁷ no condiciona la originalidad de la creación. Por otro lado, la exigencia de impronta personal del autor no puede suponer un límite a las obras protegibles por derechos de autor, no podemos entender que una creación refleja la personalidad de su autor sólo cuando por su mera visión somos capaces de "adivinar" quien es su autor, si esto fuera así estaríamos beneficiando a los autores de renombre frente a los autores noveles, ciertamente, todos podemos distinguir la autoría de un Caravaggio o de un Picasso, pero quizás desconocemos la autoría de un Márquez Luna o de un F. Márquez lo cual no significa que todas sus obras no sean originales y reflejen la personalidad de sus autores.

Conviene destacar, en este punto, la opinión de algunos autores³⁸ que sostienen que nuestra Ley se decanta por la originalidad objetiva desde el momento en que el Libro I excluye los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, entienden que no hay en ninguna manifestación humana un reflejo de la personalidad tan claro y ausente de dudas como en el caso de las actuaciones o interpretaciones. No obstante, otros autores³⁹ consideran que nuestro legislador se equivocó al excluir de los derechos de autor este tipo de obras y que la ubicación de los artistas en el Libro II no puede, en ningún caso, condicionar la interpretación que del artículo 10 hagamos.

Especial atención merecen los intentos armonizadores en esta materia propiciado por las Directivas 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, 93/98/CEE, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines y la 96/9/CE, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos⁴⁰.

La Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, establece en su artículo 1, párrafo 3 que los programas de ordenador quedarán protegidos si fueran originales "*en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección*".

La Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, habla en dos momentos distintos sobre la originalidad, en primer lugar en el Considerando 17 en relación a las obras fotográficas ⁴¹ fijando que *"la protección de las fotografías en los Estado miembros es objeto de diversos regímenes; que, para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección de las obras fotográficas, en particular aquellas que, debido a su carácter artístico o profesional, sean importantes en el mercado interior, es necesario definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad; que la protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional"* y, en segundo lugar en el artículo 6 establece que *"las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicarán ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías"*

Finalmente, la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, determina en el Considerando 16 *"que, para determinar si una base de datos puede acceder a la protección de los derechos de autor, no deben aplicarse más criterios que la originalidad en el sentido de creación intelectual, y, en especial, no se deben aplicar criterios estéticos o cualitativos"*. El artículo 3, párrafo 1 establece que *"de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, las bases de datos que por la selección o disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor. No serán de aplicación otros criterios para determinar si tales bases de datos son susceptibles de dicha protección"*

Todas ellas cuando hablan de originalidad hacen referencia a la *creación intelectual propia de su autor*, pero además el Considerando 17 de la Directiva de armonización del plazo de protección nos ofrece una definición de creación intelectual propia de su autor como aquella creación que *refleja su personalidad*. Lo cual nos lleva a afirmar que el legislador comunitario ha fijado como criterio para obtener la protección a través de los derechos de autor el criterio de la originalidad subjetiva, sin que, además, ningún otro criterio pueda ser aplicado para determinar la protección ⁴² .

De esta manera el legislador comunitario ha pretendido poner fin a la disparidad de criterios en el territorio comunitario, donde podíamos encontrarnos ante la situación de que una obra fuera protegida en un Estado miembro y no en otro. Este es uno de los grandes problemas a los que se enfrenta la propiedad intelectual. Hoy en día los derechos de autor están adquiriendo auge económico a nivel internacional por lo que la protección meramente nacional resulta ya insuficiente. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la distribución de obras musicales en Internet. Esta realidad obligará, más tarde o más temprano, a replantearse seriamente los criterios de protección defendidos y la necesidad de un acuerdo internacional en este punto.

Resulta elogiable la intención comunitaria de fijar un criterio de protección uniforme ⁴³ , no obstante, el legislador comunitario ha perdido una gran oportunidad de regular el concepto de originalidad para la totalidad de las obras con la reciente Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Sí así lo hubiera hecho habría solventado la cuestión más criticada y utilizada para eludir el mandato comunitario; a saber, regular la originalidad solamente en relación a tres obras, la obra fotográfica, las bases de datos y los programas de ordenador. Esto ha permitido que algunos autores sigan defendiendo el criterio de la originalidad objetiva frente a la subjetiva. Esta realidad, abre un nuevo debate, en el que se diferencia, por un

lado las obras reguladas a nivel comunitario y por otro el resto de obras. Para las obras fotográficas se exige *creación intelectual propia de su autor*, entendiéndose como tal el reflejo de su personalidad ⁴⁴, mientras que para las bases de datos y programas de ordenador el uso nuevamente por el legislador comunitario de la expresión *creación intelectual propia de su autor* no tiene otra interpretación posible que la continuación con el criterio ya fijado en el mencionado Considerando 17 de originalidad subjetiva. No obstante, no ocurre lo mismo con el resto de obras protegidas por los derechos de autor que se enfrentan a la ausencia de un criterio fijado legislativamente; cuestión aprovechada para aplicar la concepción objetiva de la originalidad.

Si consideráramos que cada tipo de obra requiere de un concepto de originalidad diferente para obtener la protección, estaríamos dotando al sistema de una gran inseguridad jurídica, cuyas dudas serían resueltas, ineludiblemente, ante los tribunales, los cuales gracias a la amplísima posibilidad de interpretación adoptarían criterios divergentes en cada ocasión. Por lo tanto, me inclino por considerar que, el concepto de originalidad manejado debe ser uno para todas las obras, y, siguiendo el legado comunitario este no es otro más que la originalidad subjetiva. Otra cosa distinta es cómo apreciar esa originalidad subjetiva en cada una de las obras. No podemos olvidar que cada creación está imbuida de su propia naturaleza y el hecho de que ésta sea distinta no es óbice para que todas encuentren protección en una misma rama ordinamental. Un mismo concepto de originalidad no impide una aplicación matizada del mismo a cada tipo de obra concreta, así los aspectos en los que debemos apreciar esa originalidad sí cambiarán en función de cada obra ⁴⁵. No puede apreciarse la impronta personal de su autor en los mismo elementos cuando se trata de programa de ordenador ⁴⁶ que cuando se trata de una obra escultórica. Ahora bien, es necesario precisar en que elementos individualizadores de cada creación es necesario apreciar la originalidad. Un ejemplo claro de la regulación necesaria a este respecto lo encontramos en la Directiva sobre bases de datos cuando establece que serán protegidas aquellas bases de datos que por "*la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor*", el criterio de la originalidad deberá apreciarse en relación a la selección o disposición del contenido de la base de datos y no en relación a otros elementos. Otro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo Núm 563, de 7 de junio de 1995, donde en relación a la originalidad de unos cuadernos pedagógicos viene a afirmar que "la originalidad no es grande, ni en lo científico..., ni en lo artístico..., ni en lo literario... pero el conjunto es original en tanto realización material compleja de varios elementos" y que "la originalidad de los cuadernos de actor estriba precisamente en la estructura y en la presentación de esos conocimientos". Así, para la apreciación de la originalidad, en el caso de obras literarias pedagógicas, donde la información no es en absoluta novedosa ⁴⁷ -América se descubrió en 1492 y eso no hay manera de cambiarlo- lo que debemos estudiar es la estructura y la presentación de los conocimientos, criterios ambos que sí pueden manifestar aspectos individualizadores de la obra enjuiciada ⁴⁸.

Esta visión del problema objeto de estudio, obligaría a un examen detallado de cada tipo de obra. Esta necesidad se hace palpable con las nuevas tecnologías, pero no viene de ahora ⁴⁹. Lo cierto es que la gran diversidad de creaciones objeto de los derechos de autor, y sus cada vez más evidentes diferencias, nos llevará a una individualización normativa dentro del común denominador que son los derechos de autor, donde la delimitación de los elementos en los que deba recaer la originalidad aclarará las dudas existentes. Pero mientras tanto, la delimitación del alcance exacto de lo que debemos entender por "*creación intelectual de su autor*", y los elementos o aspectos de la obra en donde deba recaer, está en manos de la jurisprudencia. La casuística es una realidad que acompañará en el futuro al criterio de la originalidad y a los derechos de autor.

d) El criterio intermedio. ➔

Esta opción, reciente en el tiempo como tal, ha venido planteándose desde el momento en

que se cuestiona la validez de la originalidad subjetiva. La ambigüedad del criterio subjetivo puede verse paliada si objetivamos hasta cierto punto ese supuesto.

Frente a la originalidad objetiva⁵⁰, que protege aquello que no es copia en el momento de la creación⁵¹, y ante la originalidad subjetiva, que concede la protección basándose en si la obra recoge la impronta personal del autor, el criterio intermedio permite establecer unas pautas de protección que engloba ambos supuestos. Este supuesto protege aquellas creaciones que reflejan la personalidad de su autor y además no son copia.

Esta concepción encuentra uno de sus defensores principales en la ambigüedad de la jurisprudencia española⁵², que no ha defendido ninguna de las posturas anteriores sino que más bien lo que ha hecho ha sido enunciar la existencia de ambos criterios sin decantarse por uno u otro. En ocasiones esta ambigüedad manifiesta la convivencia tácita de ambos criterios, cuya combinación desemboca, necesariamente, en el criterio intermedio. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia de Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, Núm 561, de 18 de octubre de 1999, en un supuesto de infracción de los derechos de propiedad intelectual por imitación de diseños, que en su Fundamento Primero reconoce que "efectivamente la originalidad de las obras a las que alude, enumerándolas el art.1 de la Ley de Propiedad Intelectual es consustancial a toda obra de creación humana que pueda ser enmarcada como objeto de la propiedad intelectual, e indispensable por ello mismo para que pueda ser protegida, y así lo señala también el art. 10 de la misma Ley; originalidad que, según el parecer de la más autorizada doctrina, ha de ser entendida en un sentido objetivo y no simplemente subjetivo, esto es la obra ha de ser objetivamente nueva puesto que no se protege lo que pueda ser patrimonio común que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos". Esta Sentencia que, aparentemente, acepta el criterio de la originalidad objetiva, señala que el criterio subjetivo debe ser reforzado por el criterio objetivo entendiendo como tal aquellas creaciones que no están en el patrimonio cultural ya existente. Así, la originalidad subjetiva, es decir la impronta personal del autor que ya otorga individualización a la obra debe ser reforzada por una cierta actividad creativa. En el fondo, tanto el criterio objetivo como el subjetivo están en continua conexión, puesto que para ambos es determinante que la obra objeto de protección no sea una copia. La cuestión radica en donde se encuentra ese factor diferenciador, si en el estudio individualizado de las obras o en su comparación con lo existente hasta el momento. Lo cierto es que ambos criterios de manera aislada resultan, en la práctica, de muy difícil asimilación. La ausencia de Registro constitutivo convierte en prácticamente inviable la comparación de la obra con todo lo existente en el patrimonio cultural anteriormente, mientras que la delimitación de la originalidad subjetiva como impronta personal, nos obligaría a un estudio detallado por parte de expertos en la materia para otorgar la protección a cualquier obra, examen que no está previsto por el legislador. En mi opinión, la única manera de conseguir un cierto grado de seguridad jurídica para el autor es la unión de ambos criterios y la delimitación legislativa de los aspectos de las obras en donde debe apreciarse el requisito de la originalidad⁵³.

Por un lado los criterios objetivos y subjetivos son complementarios, es decir, la impronta personal no está reñida con la actividad creativa, ambos aspectos confluyen en una misma obra. Ahora bien, en supuestos ambiguos, uno debe ser prioritario de otro, es decir, atendiendo al espíritu de la protección otorgada por los derechos de autor, la originalidad subjetiva deberá primar frente a la originalidad objetiva. Y ello es así, porque en todo caso la originalidad subjetiva siempre permitirá dar cabida a nuevas obras dentro de la propiedad intelectual⁵⁴.

En palabras de PÉREZ DE CASTRO⁵⁵ las cualidades que han de ser observadas y combinadas para apreciar la exigencia de originalidad son: a) la ordenación y realización del modo expresivo, y b) la existencia de una impronta significativa de la personalidad del autor y la efectiva creación de valores que llevan a un único original. De acuerdo con esta autora, la mera impronta personal del autor no resulta suficiente y se exigiría una cierta

originalidad objetiva, entendida como altura creativa.

No obstante, como afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO "lo que los sujetos implicados en la creación y producción de obras intelectuales no pueden pretender es que se manejen dos raseros de originalidad al mismo tiempo. Si los agentes del mercado de bienes y servicios que llevan incorporado un derecho de autor, son responsables de haber hecho *fluctuar a la baja* el índice mínimo de originalidad requerida para que un objeto merezca la protección como obra, esos mismos agentes no están legitimados para reclamar después, cuando las circunstancias les sean favorables, un nivel de originalidad más exigente"⁵⁶.

Para evitar estos supuestos, resulta imprescindible delimitar legislativamente un concepto de lo que debemos entender por originalidad, y los elementos individualizados de cada obra en donde éste debe recaer. Indudablemente, no podemos juzgar del mismo modo una obra audiovisual televisiva y un programa de ordenador, o una base de datos y una obra plástica.

Por último no debemos sino mencionar que también hay un sector doctrinal partidario de abandonar el criterio de la originalidad para obtener la protección, con absoluta independencia de la acepción escogida del mismo. Consideran que la casuística en este punto no ha hecho más que generar inseguridad cuando de lo que precisamente estamos hablando es de una propiedad sólo que ésta recae sobre bienes inmateriales.⁵⁷

III. Conclusiones ➔

El concepto de originalidad estudiado en el presente trabajo, representa un elemento determinante para la obtención de la protección a través de la propiedad intelectual.

La ausencia de regulación legislativa del mismo abre una abanico de posibilidades interpretativas que culminan en los tres criterios de originalidad estudiados, a saber, originalidad objetiva, subjetiva y el criterio intermedio. Lo cual, a efectos prácticos, supone en caso de conflicto dejar en manos de los jueces su delimitación y el encuadramiento de la creación cuestionada en los derechos de propiedad intelectual.

La originalidad objetiva, que se divide en dos vertientes; novedad objetiva y novedad subjetiva, viene a proteger aquellas creaciones objetivamente nuevas, es decir que aporten elementos novedosos al patrimonio cultural existente. Mientras que, la originalidad subjetiva defiende la protección de las creaciones que sean un reflejo de la personalidad de sus autores. Es importante, recordar, que no debemos confundir este criterio con la persona misma del autor.

Por último, el criterio intermedio conjuga las teorías de originalidad esgrimidas anteriormente, de tal manera que lo que se pretende es objetivizar, exigiendo cierta altura creativa, el criterio subjetivo.

Ante esta situación, el legislador se enfrenta al reto de delimitar, en la manera de lo posible, un concepto de gran ambigüedad que viene a determinar la incorporación de una creación a la protección otorgada por los derechos de autor, el cual ante la ausencia de tipificación ha dado lugar a una importante casuística por parte de la jurisprudencia. Se enfrenta además a otro agravante como es la necesidad, cada vez más imperiosa, de regular internacionalmente esta materia o, en caso de no ser posible, de encontrar criterios unánimes de protección. La realidad que ha supuesto Internet para los derechos de autor no deja ninguna duda acerca de la naturaleza internacional de la materia. Si ya con anterioridad a este hecho se aceptaba el carácter internacional del arte, pero la dificultad

de su reproducción permitía dejar de lado la cuestión, la red de redes y la reproducción digital de las obras obliga, de una vez por todas, a plantearse la necesidad de una protección uniforme en la materia.

En estos momentos resulta imposible pensar en modificar el criterio de originalidad defendido por el *copyright*, más aún si ni siquiera el derecho continental ha aceptado sin reservas la originalidad subjetiva. El medio más rápido de conseguir un consenso en la materia es fijar el criterio intermedio como delimitación del objeto de protección acercando, así, ambos ordenamientos y permitiendo, aunque sea jurisprudencialmente, iniciar una, sin duda, abundante doctrina en la materia.

No obstante, la propia naturaleza de los derechos de autor, junto con la tendencia legislativa comunitaria, me permite concluir que en los supuestos difusos, donde la necesaria actividad creativa propia del criterio objetivo hiciera peligrar la protección bajo los derechos de autor de las obras, debería primar el criterio subjetivo. Puesto que este criterio otorgaría, más fácilmente, en casos dudosos o de futuros tipos de creación, la protección a través de los derechos de autor, cuya principal finalidad es la protección de la cultura.

El problema de la originalidad debe ser abordado desde dos aspectos fundamentalmente:

Primero, a nivel conceptual. Resulta necesario tratar de delimitar legislativamente qué debemos entender por originalidad, ya sea mediante el criterio objetivo, subjetivo o intermedio, por el que me decanto. Esta delimitación conceptual puede tener lugar por dos vías diferentes, a saber, o bien como concepto unitario aplicable a la totalidad de las creaciones intelectuales, o bien en función de cada una de las obras. En otras palabras, o barajamos un único concepto con independencia de la obra o delimitamos la originalidad en función de la obra, dependiendo de su naturaleza y características propias aplicaríamos el uno u otro supuesto .

Segundo, a nivel práctico. Otra cosa distintas es si la originalidad, tal y como haya sido definida, debe apreciarse en el conjunto global de la obra o en ciertos componentes de la misma. A este respecto, la amplia gama de obras reguladas, su tan dispar naturaleza, hace pensar que cada una de ellas está imbuida por aspectos propios determinantes en los que deberá recaer el requisito de la originalidad para concederles o no la protección ⁵⁸ . Por ejemplo ⁵⁹ , en el caso de las bases de datos, el legislador comunitario cuando establece que serán protegidas aquellas que por "*la selección o disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor*", fija los elementos donde debemos apreciar la originalidad, es decir, sólo las bases de datos que sean originales en la selección o disposición de su contenido serán protegidas por derechos de autor. Soy consciente, que el estudio detallado de cada tipo de obra supone un gran esfuerzo legislativo, pero las nuevas posibilidades de explotación internacional obligan a encontrar criterios uniformes y precisos de protección.

Montserrat Real Márquez

Alicante, diciembre 2001

1: Los derechos de autor tienen como objetivo la protección de creaciones que aportan valores culturales a la sociedad. ➡

2: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de

octubre de 1992" Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, 1992, Núm 30, pág. 797 ➡

3 : Entre los que destaca el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971. ➡

4: GOLDSTEIN, Mabel, Derecho de autor, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1995, pág. 33 ➡

5: Tiene su origen en el Estatuto de la Reina Ana, aprobado por la Cámara de los Comunes el 10 de abril de 1710, se encargaba de regular los derechos de autores de libros y editores. Cfr ibidem pág 32 ➡

6: LIPSZYC, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones UNESCO, Cerlalc y Zavalía, 1993, pág. 40 ➡

7: ibidem "(pues no se limita a las obras de creación, habitualmente individualizadas como obras literarias, científicas, teatrales, musicales, artísticas y audiovisuales -o más sintéticamente: obras literarias, musicales y artísticas- que presenten originalidad o individualidad sino que incluye las grabaciones sonoras -fonogramas-, las emisiones de radiodifusión y de cable y la presentación tipográfica de las ediciones publicadas)" ➡

8: Cfr GOLDSTEIN, Mabel, Derecho de ... o.c., pag. 41 ➡

9: Así aparece expresamente recogido en la Sección 102 (a) Copyright Act estadounidense en donde se dice que la protección basada en el derecho de autor se reconoce sobre las obras originales fijadas en una forma de expresión tangible. ➡

10 : Lo que ya se desprendía del tenor literal del artículo 1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y fue trasladado a vigente Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. ➡

11: A continuación el artículo 10 enumera a título ejemplificativo una serie de obras, como los libros, las composiciones musicales, las obras teatrales, audiovisuales, plásticas, etc. ➡

12: Localizable en <http://www.uaipit.com> ➡

13: SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, La propiedad intelectual sobre las obras musicales, Editorial Comares, Granada 1999, pág 251 ➡

14 : Cfr Entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo "Comentario al artículo 10" en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual obra dirigida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tcnos, Madrid, 1997, pág 161 y, VALERO MARTÍN, Eva Obras fotográficas y meras fotografía, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág 131. ➡

15 : Criterio adoptado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid., Sección 13ª, de 25 de abril de 1997, sobre la que tendremos ocasiones de pronunciamos más adelante. ➡

16 : Quien afirma que "no parece conveniente limitar el requisito de la originalidad a una novedad subjetiva. La exigencia debe ser de novedad objetiva." en "Comentario al artículo 10" en Comentarios a la Ley...o.c. pág. 161 ➡

17: En el mismo sentido se pronuncian RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual Cívitas Madrid, 1997, pág. 55, cuando afirman que se consideraran creaciones originales aquellas creaciones que aporten algo distinto y se diferencien en algo de las ya existentes. ➡

18 : Cfr BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo "Comentario al artículo 10" en Comentarios a la Ley ... o. c., pág. 163 ➡

19:

No obstante no sólo puede confundirse con los aspectos de la propiedad industrial relativos a las patentes, sino incluso con los aspectos relacionados con las marcas. Así se refleja en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 10 de marzo de 2000, en el caso por competencia desleal e infracción de la propiedad intelectual de The Walt Disney Company y de Buena Vista Home Entertainment, S.A. contra Procofix de Promociones Cles, S.A. y Memory Screen Gropu, cuando afirma en su Fundamento Cuarto que la nota de originalidad de las obras, en este caso audiovisuales, "únicamente, concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el consumidor, lo que, por un lado, ha de llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye una cierta apariencia de peculiaridad". La originalidad regulada en nuestra LPI no tiene como finalidad la distinción de los productos en el mercado, esa función corresponde a las marcas y no a los derechos de autor. Esta concepción de la originalidad, entendida como un elemento diferenciador de la obra fácilmente identificable por el consumidor, parte de una confusión. En derechos de autor, a diferencia de lo que ocurre en las marcas, la figura del consumidor resulta indiferente, la creación intelectual será original aunque el consumidor sea incapaz de identificar dicha originalidad, que en todo caso deberá encuadrarse en alguna de las tres tendencias que analizamos en el presente estudio.

Con respecto a este punto señalar la reciente publicación de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas en el BOE Núm 294, de 8 de diciembre

➡

20: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando en Comentarios a la Ley ... o.c., pág. 55 ➡

21: Artículo 10 "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza. b) las composiciones musicales, con o sin letra. c) las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreográficas, las pantomimas y, en general, las obras teatrales. d) las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. e) las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. f) los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. g) los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. h) las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía i) los programas de ordenador. ➡

22: Artículo 11 "Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: a) las traducciones y adaptaciones, b) las revisiones, actualizaciones y anotaciones, c) los compendios, resúmenes y extractos, d) los arreglos musicales, y e) cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica. ➡

23: Artículo 12, apartado 1, párrafo 1 "También son objeto de propiedad intelectual en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos." ➡

24: Conviene en este punto recordar que en los derechos de autor el registro es potestativo. Por lo cual determinar la protección de una creación en función de su comparación con el resto de obras existentes resulta en la práctica difícilmente viable. La seguridad jurídica que aparentemente aporta este criterio ha desaparecido. ➡

25: VALERO MARTÍN, Eva Obras fotográficas...o.c., pág. 142 ➡

26: Artículo 21 " 1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación, y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación la reordenación de la misma. 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultando de la transformación corresponderán al autor de ésta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación." ➡

27: VALERO MARTÍN, Eva Obras fotográficas... o.c., pág. 147 ➡

28 : BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Comentario al artículo 13" en Comentarios a la Ley... o.c., pág. 214 ➡

29: VALERO MARTÍN, Eva, Obras fotográficas... o.c. , pág. 135 ➡

30 : Este es el criterio adoptado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 25 de abril de 1996. ➡

31 : En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia provincial de Navarra, Sección 3ª, Núm 96, de 14 de julio de 2000, en relación a la originalidad de las obras fotográficas cuando en su Fundamento Segundo afirma que la obra artística es considerada una creación intelectual cuando incorpora, "de algún modo, la inquietud y el ánimo de su autor". ➡

32 : VALERO MARTÍN, afirma que "nunca se puede hacer depender la protección de la posibilidad de determinar quién es el fotógrafo y, por supuesto, tampoco de que se pueda determinar a qué escuela pertenece. No es éste el significado de la originalidad entendida en este sentido subjetivo. Si se ha plasmado la personalidad, la fotografía será protegida, independientemente de que se pueda o no determinar quien es el autor. La Ley no establece distinción en este sentido". En Obras fotográficas... o.c., págs. 152-153 ➡

33: En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de septiembre de 1996, en relación a los derechos intelectuales sobre una obra colectiva cuando en su Fundamento Octavo afirma que la protección que la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual confiere "está legalmente condicionada a la existencia y exteriorización en la obra de la impronta o huella del autor, que, aunque no es necesario le otorgue novedad -exigida por alguna doctrina, pese a todo-, ha de singularizarla o destacarla del resto, como resultado de las ideas particulares o individuales del creador". Por consiguiente el único requisito es la impronta personal, impronta que per se individualizará a la obra. ➡

34: Esta confusión reinante se manifiesta, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, Núm 572, de 13 de junio de 1997, cuando en su Fundamento Cuarto afirma que "es objeto de propiedad intelectual la creación original literaria, artística y científica, expresada en cualquier medio o soporte, comprendiéndose entre ellas.....e) las demás obras plásticas, sean o no aplicadas, y así se pueden considerar las creaciones de joyería como obras de artes menores, industriales o aplicadas; no obstante la presente cuestión planteada ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de octubre de 1992, en la que señala que el hecho de reproducir, por procedimientos mecánicos, objetos idénticos no les atribuye el carácter de obra de arte, porque éste sólo lo goza el modelo original ya que sólo éste puede ser original y cada una de las múltiples copias no puede tener la consideración de obra de arte, aunque su materia sea un metal o piedra preciosa, y, por

ello, no son protegidas dentro de la Ley de Propiedad Intelectual, pues sólo lo está la creada por una persona o autor que sirvió de matriz o modelo para las copias, y ya en este punto ha de atenderse a la originalidad como requisito de una creación intelectual, para acogerse a la Ley especial, y en ello la citada sentencia indica que lo es cuando la obra refleja la personalidad del autor, y como, en autos, no se han traído los certificados de concesión de marca y modelo, no se sabe quién fue aquél, a pesar de que los fabrique la actora, pues no se sabe quién efectuó una labor creativa, de tipo artístico," ➡

35: VALERO MARTÍN, Eva Obras fotográficas... o.c., pág. 154 ➡

36: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1992, Núm 30, pág. 967 ➡

37 : No olvidemos que el artículo 6 de la LPI permite la publicación de la obra bajo seudónimo o anónimamente, lo cual no pone en peligro su protección. ➡

38 : Por todos, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo para quien "parece innegable que los artistas intérpretes o ejecutantes aportan su propia personalidad a la obra que interpretan o ejecutan, y sin embargo, no se considera que esa originalidad subjetiva sea suficiente para reconocerles un derecho de autor (arts. 105 ss. LPI). Se entiende que, a pesar de la huella personal que aportan a la obra, a pesar de su contribución espiritual a la misma, derivada de su técnica y de su sensibilidad artística, no existe una originalidad suficiente; sencillamente porque su interpretación no genera una novedad objetiva suficiente con respecto a la obra preexistente: básicamente interpretan la obra igual que lo haría cualquier otro artista intérprete o ejecutante." en "Comentario al artículo 10". En Comentarios a la Ley de... o.c., pág 162 y 163 ➡

39: VALERO MARTÍN, Eva opina que "su colocación entre los derechos conexos es fruto de la tradición y de que en la legislación internacional y en Derecho comparado así se ha hecho, aunque en muchos de estos casos, entre los que se encuentra nuestro texto legal, concediéndoles algunas facultades morales se expresa el especial reconocimiento de su actividad, sin llegar a su inclusión en el derecho de autor. No creemos, por tanto, que esta colocación se deba a la falta de originalidad objetiva o subjetiva, ni tampoco que condicione la interpretación que del artículo 10 del TRLPI haya de hacerse. No es que, al no reunir el carácter de novedad y ser éste el criterio de originalidad que exige la Ley, se saquen del Libro I. La cuestión hay que enfocarla de distinta forma: nuestra Ley se ha equivocado al negarles derechos de autor" en Obras fotográficas... o.c., pág. 157. ➡

40: Todas ellas localizables en <http://www.uaipit.com> ➡

41: Para el sector jurisprudencial español, la originalidad de las obras fotográficas "no radica evidentemente en el carácter inédito del objeto fotografiado, sino en la elección de la luz, el enfoque y el encuadre de la fotografía", así lo pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Núm 170, de 20 de marzo de 1999, en su Fundamento Tercero. ➡

42: Si bien lo cierto es que esta afirmación no es compartida por la totalidad de la doctrina, un ejemplo contrario lo encontramos en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, en " Comentario al artículo 10" en Comentarios a la Ley... o.c., pág. 191 ➡

43 : Criterio que ha sido concebido de la manera más amplia posible con el objetivo de englobar dentro de los derechos de autor las obras que surgen gracias a la nuevas tecnologías. No somos todavía conscientes del amplio abanico de posibilidades que este, no ya tan nuevo, entorno tecnológico nos ofrece para el surgimiento de nuevas creaciones que necesitarán se protegidas y que, en mi opinión, encontrarán en los derechos de autor su mejor aliado. ➡

44 : Así lo establece sin posibilidad de duda el Considerando 17 ➡

45 : En igual sentido de pronuncia VALERO MARTÍN, al afirmar que "aunque el criterio que se utiliza para la determinación de la originalidad en estos diferentes tipos de obras sea el mismo, su apreciación se llevará a cabo con elementos distintos y de diferente forma" en Obras fotográficas... o.c., pág. 166 ➡

46: Obra para la que unánimemente se acepta un criterio de originalidad mínimo. ➡

47 : En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, Núm 241, de 4 de abril de 2000, cuando en su Fundamento Sexto, en relación a la originalidad de un diagrama explicativo de la erosión del suelo, afirma que "según el artículo 10.1.de la LPI, es objeto de propiedad Intelectual la creación original literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte, originalidad que se ha de predicar no sobre la idea plasmada, sino sobre la forma de expresión, de modo que aunque los conceptos recogidos en el diagrama litigiosos puedan ser usuales y conocidos desde hace tiempo por hallarse incluidos en manuales y tratados sobre la disciplina de antigua publicación, ha de reconocerse la originalidad en la circunstancia de la plasmación singular de las ideas, expresando de forma sintetizada y esquemática dichos conceptos conocidos." ➡

48 : Al hilo de este razonamiento conviene recordar que la originalidad de las creaciones intelectuales debe ser estudiada en la exteriorización de la idea y nunca en la idea en sí misma como parece hacer la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de mayo de 1994, donde se rechaza la originalidad de una guías turísticas en base a que la originalidad de la idea no queda acreditada. No debemos confundir en ningún momento la idea y la plasmación, o exteriorización de esa idea, el derecho de autor protegerá la idea siempre y cuando ésta esté expresada, tenga cierto grado de complejidad y sea original. Lo que no se protege es la idea en la mente, la idea primaria. Pongamos un ejemplo: no sería protegible la idea de hacer una novela donde chico conoce chica, chica se enamora de chico y los dos se casan y son felices para siempre, este argumento es común en numerosas obras. Ahora bien, si yo hago un esbozo de ese mismo argumento donde manifiesto mi idea de hacer que

mantengan un tórrido romance de verano a la luz de una luna tropical en medio de la selva, con los sonidos de las cacatúas (y demás aves exóticas), y que además tras esa noche pasional, él embriagado por la belleza del ambiente tropiece y se de un fatídico golpe en la cabeza, pierda la memoria, se enrola en la marina, mientras ella se queda embarazada, se casa con el milloneti de la isla, tiene gemelos, uno rubio y otro moreno y finalmente decide irse a vivir al pueblo donde, por casualidad, está situada la base del susodicho; la cosa cambia. Esta exteriorización de la idea sí es protegible por derechos de autor. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 25 de abril de 1997, en el caso en que se cuestiona la protección por los derechos de autor de un "Boletín o revista sobre programa oficial de un encuentro deportivo de los programados oficialmente" en su Fundamento Tercero al manifestar que los derechos de autor "no extiende su protección al carácter de novedad de la idea o información transmitida, sino a la expresión, forma, ordenación, presentación externa, configuración, estructura, etc., de las ideas, pensamientos o información que se plasma en la obra" ➡

49: Conviene recordar en este punto la parca regulación existente en torno a las obras audiovisuales, donde con el objeto de simplificar su regulación se han obviado obras, de gran importancia, que se integran en la misma. ➡

50 : Muy parecida al sistema anglosajón del copyright ➡

51 : Con la dificultad que supone saber con exactitud si una obra que no ha sido divulgada copia a otra que a su vez todavía no ha sido divulgada ➡

52: Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de mayo de 1994 y en las la Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1995 y 17 de octubre de 1997, entre otras. ➡

53 : Otro ejemplo lo tenemos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, Núm 269, de 24 de mayo de 1999 en relación a los derechos de autor de muebles de estilo provenzal cuando afirma que la "originalidad según constante criterio jurisprudencial, se debe entender en dos sentido, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende que la obra es original, cuando se refleja la personalidad del autor y para acreditar tal extremo el testigo Manuel G. declaró en la vista oral que se inspiró respecto de la cómoda en los herbolarios para hacer los cajones pequeños y la vitrina de cristal para exhibir las cosas, no habiendo visto este modelo con anterioridad en el mercado, no obstante estas manifestaciones de parte deberían corroborarse con otras pruebas objetivas que acrediten esta creatividad única y al menos que fueran anteriores a los muebles fabricados por el hoy acusado, cuyo plagio se le imputa". La Audiencia finalmente considera que el presente caso no cumple el requisito objetivo exigido de la originalidad "para afirmar el derecho de autor reclamado so pena de llegar a aceptar groseramente un monopolio del querellante sobre la utilización de un estilo". Esta decisión adolece de un error relacionado con los elementos en los que debemos apreciar la originalidad de las obras, así, la ausencia de originalidad de un estilo de muebles, en este caso el provenzal, no conlleva necesariamente la ausencia de originalidad de una pieza, sin embargo, ciertamente, dificulta su delimitación en el sentido de que debemos ser precisos a la hora de determinar donde debemos apreciar dicho requisito. El estilo del mueble se percibe fácilmente a primera vista, pero quizás un grabado del mismo lo convierta en original, aunque sea relativamente. No la totalidad de la obra debe ser original para obtener la protección Así se manifiestan RODRÍGUEZ TAPIA, José Luis y BONDÍA ROMÁN, Fernando, en Comentarios a la Ley... o.c. , pág. 56 cuando afirma que la "falta de originalidad de una creación no excluye su protección si es sólo parcial y no se deriva de coincidir con la parte original de otra creación. La falta de originalidad se puede deber a contener lugares comunes, datos e informaciones no apropiables o fragmentos de obras de dominio público; por ejemplo, en el caso de la STS de 20-2-1992, el románico en Zamora es un tema sobre el que concurrían dos publicaciones y que no es apropiable por nadie; esto no implica desprotección de la obra en su conjunto, sino en la parte no original de la misma". Siguiendo éste planteamiento, el reconocimiento de originalidad en algún aspecto del mueble no supone otorgar un monopolio sobre el estilo del mismo, estilo que no puede ser apropiable por nadie, sino únicamente respecto a aquél aspecto que sí es original. ➡

54: Este es el criterio acogido para proteger los programas de ordenador y podría ser utilizado para incorporar creaciones de dudosa ubicación, como por ejemplo, las creaciones que tienen lugar en el ámbito de la moda. ➡

55 : PÉREZ DE CASTRO, Nazareth "Comentario al artículo 86" en Comentarios a la Ley... o.c., pág. 1218 ➡

56: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Comentario al artículo 10" en Comentarios a la Ley...o.c., pág. 163 ➡

57 : SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, La propiedad intelectual sobre... o.c., págs. 254-255 ➡

58: Es importante recordar que la idea del desmenuzamiento de los elementos individualizadores de las obras está presente en nuestra legislación. En el caso de obras derivadas, la originalidad sólo tiene lugar respecto a aquellos elementos de la creación diferentes a la obra anterior utilizada como base. Cfr RODRIGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando en Comentarios a la Ley ... o.c., pág 56 ➡

59 : Son muchos los ejemplos que podríamos aportar, otro de ellos lo encontramos en los programas de ordenador en los que nuestro legislador se ha decantado por el criterio de la originalidad subjetiva, y, si bien, nos ofrece un concepto de programa de ordenador, no nos facilita los elementos individualizadores del mismo, el cual, básicamente, está compuesto por un código fuente al que se aplica un compilador que genera el programa ejecutable -imprescindible para el funcionamiento del programa en nuestra unidad de proceso (CPU)- de dicho código fuente. La pregunta es ¿dónde radica la originalidad de la creación?, cuestión que en mi opinión debe circunscribirse al código fuente, donde se exteriorizan las ideas del programador, y no el programa ejecutable que es automáticamente generado por el compilador ➡