

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA MADRE Y MAESTRA
CAMPUS SANTO TOMAS DE AQUINO
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y ADMINISTRATIVAS
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS**



**MEMORIA FINAL PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y NUEVAS
TECNOLOGÍAS**

**LA NATURALEZA Y ALCANCE DEL DERECHO PATRIMONIAL DE
TRANSFORMACIÓN CONFORME A LAS NORMAS DEL DERECHO DE
AUTOR DE LA REPÚBLICA DOMINICANA**

**SUSTENTADO POR:
RUBEN ORLANDO BRITO POLANCO
2099-5995**

**ASESOR DE CONTENIDO:
ÉDYN SON ALARCÓN**

**ASESOR METODOLÓGICO:
JESÚS MICHELÉN**

SANTO DOMINGO, D.N

Abril 2017

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA MADRE Y MAESTRA

**DECANATO DE POSTGRADO CSTA
CENTRO DE DESARROLLO PROFESORAL**

**MAGÍSTER EN DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y
NUEVAS TECNOLOGÍAS**

**LA NATURALEZA Y ALCANCE DEL DERECHO PATRIMONIAL DE
TRANSFORMACIÓN CONFORME A LAS NORMAS DEL DERECHO DE
AUTOR DE LA REPÚBLICA DOMINICANA**

Yo, RUBÉN ORLANDO BRITO POLANCO, a través del presente documento, autorizo a la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra a reproducir total o parcialmente mi tesis, tanto en soporte físico como digital, y a ponerla a disposición del público, mediante cualquier medio conocido (físico, en línea) o por conocer. Cualquier reproducción de este documento no debe ser para uso comercial o de lucro.

Fecha: 31-5-2017 Firma del autor: Ruben Orlando Brito Polanco

“Declaro, en mi calidad de autor de esta obra que cedo de manera formal, gratuita, permanente y absoluta a la PUCMM todos los derechos patrimoniales, de forma no exclusiva, que ostento sobre mi creación, pudiendo expresamente la PUCMM explotarla a su mejor conveniencia, recibiendo si así fuere el caso, regalías por usos onerosos; que como autor exonero a la PUCMM de cualquier responsabilidad por reclamos en contra de lo creado y que autorizo a que la misma sea protegida mediante las vías que a tales fines establece la ley, indicando siempre mi calidad de autor”

Ruben Orlando Brito Potanco; 2009-5995

Nombre, matrícula y firma

A mis padres, Alba Polanco y Rubén Brito. A ustedes me debo enteramente.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN (ABSTRACT).....	i
INTRODUCCIÓN	ii
CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN.....	1
1.1 Aspectos históricos. Evolución del derecho de transformación	1
1.1.1 Génesis y evolución en el Convenio de Berna.....	3
1.1.2 La legislación dominicana: desde la Constituyente de 1844 hasta los ADPIC.....	8
1.2 Naturaleza jurídica del derecho exclusivo de transformación. Fundamentos, concepto y estructura.....	11
1.2.1 Fundamentos de la actividad transformadora.....	11
1.2.1.1 Teorías sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Autor	12
1.2.1.2 Una mirada ontológica al Derecho de Autor: El “Ser” Creativo	24
1.2.2 Rasgos característicos del derecho de transformación.....	35
1.2.3 Concepto y objeto de la transformación	42
CAPÍTULO II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN CON OTROS DERECHOS.....	51
2.1 Derecho del autor a la integridad de su obra.....	51
2.1.1 Consideración de algunos supuestos	57
2.2 El derecho del autor a modificar su obra	62
2.3 El derecho patrimonial de reproducción	72
2.4 Derechos Conexos	76
CAPÍTULO III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS DERIVADAS	85
3.1 Estructura. Las dos fases de la actividad transformadora	85
3.1.1 Reproducción de elementos sustanciales	86

3.1.2 Aportación creativa. La creación de una obra relativamente original.....	105
3.2 El presupuesto de la actividad transformadora: el consentimiento del autor de la obra originaria. Límites.....	113
3.3 Tipología de las obras derivadas.....	121
3.3.1 La traducción.....	122
3.3.2 Las adaptaciones	127
3.3.3 Arreglos musicales	130
3.3.4 Las colecciones	133
CONCLUSIÓN	vi
BIBLIOGRAFÍA.....	xii

RESUMEN (ABSTRACT)

La legislación dominicana consagra el derecho de transformación de manera dispersa, con una insuficiente delimitación de sus límites y un tratamiento escaso, lo que reviste de brumas a esta figura. Y en cuanto a su objeto, la obra derivada, no se establecen de manera clara las prerrogativas que confiere ni cuáles son las implicaciones de su imbricación con la obra primigenia. Por lo mismo, la motivación de nuestra investigación viene dada por esclarecer sobre cuál es la naturaleza y alcance de este intrincado derecho de transformación conforme se encuentra regulado en la legislación dominicana.

Para lograr los objetivos propuestos, la investigación se ciñó a evaluar la configuración normativa del derecho de transformación, en su interrelación con las demás prerrogativas morales y patrimoniales de los autores de las obras primigenias. Con base en las fuentes consultivas utilizadas (doctrina, jurisprudencia, tratados internacionales, la legislación nacional, ensayos académicos, etc.) se buscó articular la interpretación y aplicación más idónea del derecho de transformación en toda su complejidad, esencialmente, en consonancia con el alcance que ha tenido su interpretación en las legislaciones comparadas.

Por demás, el tipo de investigación llevado a cabo fue de orden exploratorio, ya que abordamos la naturaleza y el concepto del derecho de transformación desde el prisma de nuestro entorno comparado, verificando la configuración normativa de la obra derivada y cuál es el alcance que realmente tiene. Así como establecimos de manera detallada los parámetros y criterios a tomar en cuenta para lidiar con la problemática de la investigación. Llegando a la conclusión de que resulta menester una reconfiguración normativa sobre el derecho de transformación.

INTRODUCCIÓN

En la presente memoria final nos dispondremos abordar la naturaleza y alcance del derecho patrimonial de transformación conforme a las normas del Derecho de Autor de la República Dominicana. La problemática que se suscita en torno a este tema surge debido a la naturaleza compleja de este derecho y su amplísima dimensión, aunado a que la legislación autoral dominicana no aporta elementos suficientes para definir su alcance.

La complejidad de este tema radica, básicamente, en que en el acto de transformación suelen estar implicados dos derechos diferentes que, por regla general, recaen sobre dos sujetos distintos. En efecto, la transformación de una obra del espíritu implica siempre la creación de una nueva que conlleva nuevos derechos de autor pertenecientes al sujeto transformador, y cuyo régimen es relativamente independiente del que atañe a los derechos generados por la obra primigenia. Esto así, ya que la explotación de la obra derivada acarrea irremediamente la explotación de la obra de la que procede. Por consiguiente, podemos hacer alusión a dos derechos: el derecho de transformación del autor de la obra primigenia y el derecho del transformador sobre la obra derivada.

Se impone aclarar que la imbricación aludida en el párrafo precedente dista mucho de ser pacífica, puesto que el derecho patrimonial de transformación posee una amplia dimensión que le hace traslaparse, más allá del interés pecuniario que pueda tener el autor originario sobre su obra, con las fibras más sensibles de la autoría que componen los derechos morales. Este mero hecho hace que la transformación se torne un tanto problemática si no se subsume a normas y criterios que delineen meridianamente sus contornos. Supuesto no tan divorciado de la realidad normativa dominicana.

Al calor de lo anterior, la importancia del tema estriba en que busca proponer las herramientas teóricas necesarias para desbrozar la intrincada naturaleza de este derecho patrimonial. De suerte que resulte más sencillo armonizar los distintos derechos e intereses heterogéneos que convergen en la actividad transformativa sobre las obras.

Fundamentalmente, los objetivos de la investigación desarrollada son dotar de claridad sobre cuál es la naturaleza y alcance de este intrincado y complejo derecho de transformación conforme se encuentra regulado en la legislación dominicana. Además, ante la insuficiencia de elementos sobre el tema aportados en nuestra normativa, nos propusimos articular la interpretación y aplicación más idónea del derecho de transformación en toda su complejidad, esencialmente, en consonancia con el alcance que ha tenido su interpretación en las legislaciones y doctrinas comparadas.

Para lograr los objetivos propuestos, hemos dividido la presente memoria final en tres capítulos que nos permitirán abordar a cabalidad el tema objeto de nuestra investigación. Para ello nos ocuparemos en un primer momento del objeto y contenido del derecho de transformación. En la segunda parte nos dispondremos delimitar claramente el derecho de transformación respecto a otros derechos con los que suele colisionar en su ejercicio. En muchas ocasiones se confunden uno y otro. Por ello es que demarcaremos la sustancia particular de cada uno. Y ya en la última parte nos ocuparemos en detalle del régimen jurídico de las obras derivadas, objeto primario de la transformación.

De tal forma, iniciaremos el primer capítulo evaluando los presupuestos básicos del derecho de transformación, partiendo desde su concepción evolutiva y posterior consagración en los instrumentos internacionales que versan sobre derechos de autor. Luego exploraremos la evolución histórica de la legislación autoral dominicana, desde los orígenes mismos de nuestra institucionalidad republicana hasta llegar a la legislación vigente. Esto con la intención de evaluar cómo se ha ido configurando el Derecho de Autor en nuestro país.

En un segundo momento del primer capítulo, pasaremos a ocuparnos de la naturaleza jurídica del derecho exclusivo de transformación. Para ello analizaremos los fundamentos de la actividad transformativa desde los dos sistemas que rigen la Propiedad Intelectual a nivel mundial, partiendo de las distintas teorías que se han esbozado al respecto. Luego propondremos una mirada distinta a los basamentos del acto transformativo, toda vez que consideramos que le dotan de mayor sentido y claridad.

Posteriormente, expondremos los rasgos característicos del derecho de transformación, como aproximación inmediata a su naturaleza y alcance. Finalmente trataremos de descifrar en qué consiste la transformación de obras protegidas por el derecho de autor. Obviamente partiremos desde el concepto de transformación para luego analizar su composición normativa. A fin de verificar las insuficiencias de nuestra norma.

El segundo capítulo, lo abordaremos en su extensión desde el ámbito particular de cada derecho, es decir, como derechos morales o patrimoniales. Por ende, iniciaremos por analizar las colindancias del derecho patrimonial de transformación y el derecho moral del autor a la integridad de su obra. Aunque brevemente nos referiremos a supuestos particularmente problemáticos en esta colisión en especial. Luego estableceremos claramente las diferencias entre el derecho de transformación y el derecho de modificación, que suelen confundirse pero tienen naturalezas distintas. Más adelante trataremos de delimitar los derechos patrimoniales de transformación y reproducción, cuya colindancia suele ser bastante frágil, toda vez que transformar implica, en parte, reproducir elementos esenciales de la obra primigenia para que pueda ser identificada. Finalmente trataremos el derecho de transformación frente a los derechos conexos cuya relación no deja de generar controversia.

Por último, pasaremos al capítulo III que versa sobre el régimen jurídico de las obras derivadas, esto es, el producto de la transformación, una creación con entidad propia. Para tales fines iniciaremos abordando la estructura de la actividad transformativa que se compone por las fases de reproducción y transformación *per se*. Esto así, ya que en la obra derivada es posible verificar tanto elementos reproductivos como elementos creativos. De suerte que nos ocuparemos primero de la fase de reproducción, estableciendo qué es lo que debe tomarse de la obra primigenia para que pueda reconocerse en la nueva creación pero sin lacerar las prerrogativas del autor originario. Por ello nos detendremos brevemente a evaluar las condiciones en que se puede configurar un plagio propiamente dicho o una mera reproducción ilícita. Luego pasaremos al acto transformativo que despliega toda la fuerza tuitiva de la ley sobre su resultado, la obra derivada. Así, pues, partiremos de algunas categorías propuestas de la actividad transformativa, apreciando los elementos sobre los cuales incide y dotan de originalidad a la nueva creación.

Más adelante, determinaremos las implicaciones del autor de la obra derivada en la transformación de su obra, específicamente, el alcance de la necesaria autorización que ha de conceder. Finalmente desarrollaremos algunas de las manifestaciones concretas de la transformación que nos propone nuestra ley, con la finalidad de encuadrar sus particularidades.

Tras lo enunciado en las líneas anteriores han quedado especificados los objetivos a perseguir en esta memoria final, así como la estructura en que se habrá de desarrollar la misma para lograr tales cometidos. Ahora de lo que se trata es de dar apertura a la exposición de ideas que hemos desglosado. Por consiguiente, procederemos a desarrollar el objeto que nos ocupa.

CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN

1.1 Aspectos históricos. Evolución del derecho de transformación

Nos cuenta Mabel Goldstein que el antecedente histórico más remoto del derecho de autor se encuentra en Cicerón, quien en su obra *Los tópicos*, se refirió a la “cosa incorpórea” como algo diferenciable de otras cosas o bienes jurídicos¹. Indubitablemente, a partir de esa obra se recorrió un largo camino hasta alcanzarse el reconocimiento del derecho de autor con una identidad propia, porque si bien es posible encontrar, en ciertos autores y legislaciones, algunas ideas incipientes vinculadas con la creación humana, no existió durante muchos siglos un desarrollo sistemático del derecho de autor.

Ya durante la Edad Media, tanto en Grecia como en Roma, debido al florecimiento que hubo en las artes y la cultura, se dictaron algunas leyes en torno al respeto hacia las creaciones literarias y artísticas. También en el lejano Oriente se conocieron algunas técnicas de reproducción mecánica que fueron altamente utilizadas por los denominados copistas, dedicados a hacer réplicas de libros.

Cabe destacar que la tradición de los copistas fue desapareciendo gradualmente a partir de 1546, año en el que el alemán Johannes Gutenberg creó la paradigmática imprenta de tipos móviles, marcando decididamente un hito histórico que cambió el curso del derecho de autor, puesto que produjo el comienzo de la era tecnológica. Como consecuencia de este acontecimiento, no se demoró en tomar conciencia de la influencia política y social que podía generar la difusión de las ideas a través de los medios gráficos, pero muy especialmente de su importancia económica, lo que generó la transformación del proceso editorial, dándose paso a la producción y reproducción de libros en un tiempo mucho menor del que empleaban hasta entonces los copistas con los manuscritos.

Sea como fuere, el cambio estructural de esa época se reflejó, también, en el sistema jurídico con la concesión arbitraria de privilegios que se concibe como un

¹ Mabel Goldstein, *Derecho de Autor* (Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1995), 31.

derecho especial otorgado por el poder real, en virtud del cual se le concedía a alguien la facultad de imprimir, publicar y vender determinadas obras. Pese a ello, con el privilegio no se concede un verdadero derecho intelectual, sino la mera explotación económica de la obra mediante la publicación y venta de los ejemplares multiplicados con la impresión, con la salvedad de que dichas prerrogativas se establecían generalmente a favor de los editores (llamados libreros para entonces).

Por demás, es importante mencionar que, en el mundo occidental, la primera legislación sistemática consagrada a la defensa de los intereses de los autores, el derecho exclusivo sobre la impresión y difusión de sus obras, fue la ley de la reina Ana de Inglaterra –aprobada por la Cámara de los Comunes el 10 de abril de 1710–, también conocida como el “Estatuto de la Reina Ana”², cuyo título original era *An Act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during times therein mentioned*. Mediante este Estatuto se instituyó que el autor de cualquier libro tenía el derecho de imprimir y reimprimir sus obras durante un plazo de catorce (14) años, renovable, por una sola vez, por el mismo período, siempre y cuando el autor siguiera con vida. A partir de ese texto se abolió el urticante señorío que los libreros poseían sobre las obras y nace el sistema anglosajón del Copyright.

A este cuerpo jurídico siguieron otros. Francia reguló el derecho de autor en distintos períodos y con diferentes ideologías político-jurídicas³. En tal sentido, en 1777 Luis XVI dictó seis decretos sobre la edición e impresión de las obras literarias. En 1791, reconoció el derecho de ejecución y reproducción a los autores de obras dramáticas mediante el Real Decreto de 13-19 de enero (*Décret relatif aun spectacles*)⁴, y el derecho exclusivo de reproducción al resto de los autores literarios, artísticos o musicales en el de 19-24 de julio de 1793 (*Décret relatif aux droits de propriété des auteus d’écrits en tount genre, compositeurs de musique, peintres ey dessinateurs*). Mientras que los seis

² *Ibíd.*, 32.

³ *Ibíd.*, 33.

⁴ ⁴ Daniel Bécourt, “Revolución francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo”, *Boletín de derecho de autor*, Vol. XXIV, n° 4 (París: UNESCO, 1990), 4-13, <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000885/088519so.pdf> (Fecha de consulta: 4 de marzo de 2017).

primeros establecían privilegios, los dos últimos, posteriores a la Revolución Francesa, los abolieron.

En América, la norma constitucional estadounidense de 1787 mantuvo los principios básicos de la tradición anglosajona que conforman el *common law*, en el cual la protección otorgada es en el ámbito económico, por oposición al sistema de derecho continental europeo de origen germánico, también denominado sistema “romano-germánico”⁵, al cual pertenece el nuestro, enfocado en los derechos individuales de la personalidad.

Otras leyes fueron dictadas en Alemania (1686), Prusia (1794), España (1763) y Rusia (1830), algunas de las cuales tenían cierta reciprocidad respecto de las obras extranjeras.

1.1.1 Génesis y evolución en el Convenio de Berna

De otra parte, en lo que respecta al objeto particular que nos ocupa en la presente monografía, los más tempranos congresos literarios y artísticos, alentados y organizados a mediados del siglo XIX por renombrados representantes de la literatura, las artes y la cultura en general, dedicaron ya parte de sus programas a las diversas cuestiones que suscitaba la realización de traducciones, arreglos musicales y adaptaciones.

En esta época inicial, según nos cuenta Patricia Mariscal Garrido-Falla⁶, la preocupación giraba no tanto en torno a la protección de este tipo de obras, sino más bien al reconocimiento a los autores de un derecho que les permitiera impedir a terceros la realización de aquellos actos que creaban obras derivadas a partir de las suyas. En otras palabras, de lo que se trataba solamente era de conferir a los autores facultades que les permitieran controlar la traducción y la realización de arreglos musicales y adaptaciones sobre sus obras.

⁵ Cuyo conjunto de países más representativos de esta corriente son Francia, Alemania, Italia, España, entre otros.

⁶ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* (Madrid: Tecnos, 2013), 142.

El Congreso Internacional de Bruselas de 1858 es el primero en hacerse cargo de dicha cuestión, con especial énfasis en la traducción, que ocupó un papel importante en las discusiones sostenidas durante su celebración. Lo destacable de este Congreso es que ahí se optó por considerar el derecho de traducción como una prerrogativa integrante del derecho de reproducción, pero con las limitaciones de un plazo de protección restringido a 10 años desde la publicación de la obra originaria y, además, la traducción debía realizarse durante los tres años siguientes a dicha publicación. De igual forma, los arreglos musicales también fueron objeto de regulación durante este Congreso, reconociéndose el derecho de todo compositor musical a realizar e impedir que terceros pudieran llevar a cabo la actividad arreglística sin su consentimiento⁷. No obstante, con el paso del tiempo dicho plazo establecido para la protección de las traducciones no tardó en percibirse como demasiado corto, resultando perjudicados los intereses de los autores. De suerte que, en junio de 1878, tuvo lugar en París el Congreso Literario Internacional organizado por *la Société des gens de lettres de France*, en el que se convino que los derechos de traducción y adaptación habían de reconocerse como derechos exclusivos sin restricción alguna.

Un año después, esto es, en 1879, motivada por el interés de defender los derechos de autor y auspiciar el estudio y la discusión plural de su problemática, la Asociación Literaria Internacional (ALAI), con el insigne escritor Víctor Hugo a la cabeza, comenzando a fraguar lo que será el germen del futuro Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, organizó en Londres una primera reunión, cuyos dos puntos principales eran el tratamiento amplio del derecho de traducción y el de adaptación. Respecto al derecho de traducción, este fue asimilado al derecho de reproducción pero con la limitación de que éste había de ser ejercido durante el plazo correspondiente a los cinco años siguientes a la publicación de la obra originaria. Por su parte, el derecho de adaptación fue consagrado con carácter general.

En el segundo Congreso que la ALAI organizó en Lisboa, en 1880, se confirió a los autores un derecho de traducción sin restricciones y, de igual forma, se adoptó una

⁷ Vid. Los puntos 2.6° y 3.4° de las resoluciones adoptadas por el Congreso, citadas por Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”..., 142.

iniciativa para controlar la calidad de estas⁸. Debe destacarse que durante este Congreso también los arreglos musicales fueron objeto de tratamiento, extendiéndose el derecho de los compositores sobre los arreglos de sus obras.

En la Conferencia de Berna de 1883, aún de carácter no diplomático, se decide otorgar por primera vez a las traducciones y a los arreglos musicales el rango de obras originales. Así las cosas, el artículo 2 del Proyecto de la Convención Literaria Universal, que consistía en una definición ejemplificativa de las obras literarias y artísticas, hacía mención expresa a los arreglos de música, en tanto que el artículo 6 consagraba que la traducción autorizada había de protegerse por el mismo título que la obra original. Empero, la adaptación aún no era considerada como obra protegible en sí misma, sino como una forma de vulneración de la propiedad intelectual, toda vez que el artículo 7 del Proyecto establecía lo siguiente: «La adaptación será considerada como una reproducción ilícita y perseguible de la misma manera»⁹.

El proyecto aprobado en la Conferencia de 1884 contenía algunas variaciones respecto del texto de 1883. En lo atinente a las traducciones en general, no solo las autorizadas, estas seguían siendo objeto de protección independiente. Además, se añadía un nuevo párrafo en el que se establecía que las traducciones habrían de gozar de la protección estipulada en los artículos 2 y 3 en lo concerniente a su reproducción no autorizada en los países de la Unión¹⁰. Es oportuno destacar, según nos cuenta Sam Ricketson, que el sentido de este injerto consistía en poner de relieve que la traducción y la reproducción no eran términos sinónimos¹¹. En otro orden, los arreglos musicales pasaron de considerarse como una creación digna de protección –al suprimirse del artículo 2 del Proyecto de 1883– a una mera actividad susceptible de conculcar los derechos de los compositores de música –según establecía el artículo 10 de la versión de 1884 del Proyecto–¹². En ese mismo orden de ideas, la referencia que se hacía a las

⁸ *Ibíd.*, 143.

⁹ *Ibíd.*, 144.

¹⁰ Actas, 1884, p. 79, citada por *Ibíd.*, 144.

¹¹ Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1896* (Londres: Kluwer, 1987), 287 citado por Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”..., 144.

¹² *Ibíd.*, 145.

adaptaciones como actividad infractora que se recogía en el Proyecto de 1883 fue eliminada de la versión de 1884, y también se optó por dejar en manos de los tribunales nacionales la facultad de decidir cuándo este tipo de reproducciones debían ser consideradas infractoras¹³.

Durante la Conferencia de 1885 se optó por prohibir todas las actividades que constituyeran de alguna manera una apropiación indirecta de la obra originaria, pero siempre y cuando no dieran lugar a creaciones originales. Por su parte, las traducciones continuaron regulándose de forma autónoma y separada como obras originales, si bien un cambio en la redacción del artículo 6 pasó a proteger únicamente las traducciones «lícitas»¹⁴.

En la revisión de París de 1896, a excepción de las traducciones, no puede decirse que otorgaba protección a las obras derivadas¹⁵. Los arreglos, adaptaciones, imitaciones, etc., eran consideradas como meras reproducciones. Aunque sí se estableció que la conversión de una novela en una obra de teatro, y viceversa, eran actividades comprendidas en las reproducciones ilícitas contempladas en el artículo 10.

Ahora bien, la situación cambia por completo durante la Conferencia de Berlín de 1908, creyéndose conveniente extender la protección a las recopilaciones de obras de distintos autores. Con la salvedad de que, en este caso, lo que se pretende proteger es el trabajo de reunión de las diferentes obras conforme un plan predeterminado y su ordenación de forma más o menos ingeniosa¹⁶. También es de destacar que las traducciones dejaron de gozar de regulación independiente para regularse conjuntamente con los arreglos y adaptaciones. Además, se suprimió el adjetivo «ilícitas», con la finalidad de ampliar el ámbito de protección de este tipo de obras¹⁷. Por otra parte, el inciso «sin perjuicio de los derechos de autor de la obra original –originaria–» del artículo 2 hacía surgir la duda de si los actos transformativos ejercidos sobre estas obras originarias protegidas, y que generaban obras originales, podían también ser impedidos

¹³ Llanos Cabedo Serna, “Comentario al artículo 12”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 1043.

¹⁴ Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”..., 145-146.

¹⁵ *Ibíd.*, 148-149.

¹⁶ *Ibíd.*, 148.

¹⁷ *Ibíd.*

por el autor de la obra originaria¹⁸. La resolución de este supuesto resultaba intrincada, toda vez que por aquel entonces no se reconocía derecho alguno de transformación. En resumidas cuentas, no se regulaba expresamente una facultad que otorgara a los autores el poder de impedir la realización de obras originales, tales como arreglos y adaptaciones, a partir de sus propias creaciones.

Por demás, la regulación de las obras derivadas no sufrió cambio alguno durante la revisión de Roma de 1928. Empero, fue en la revisión de Bruselas de 1948 donde se reconoce expresamente el derecho de transformación, cuando desde sus trabajos preparatorios, en una redacción *ex novo* del artículo 12, se sugería que la protección de las obras no comportaba únicamente la posibilidad de impedir la realización de reproducciones serviles, sino también la de impedir la introducción de cambios sustanciales en ella¹⁹. De igual forma, la transposición de una obra de un género a otro, o una forma distinta podía constituir una obra original de las reguladas en el artículo 2.2, pero también era, sin duda, una apropiación indirecta de las que trataba de impedir el artículo 12.

Por lo mismo, se puso de relieve que las obras derivadas, surgidas como figuras jurídicas, habían de ser examinadas desde dos órbitas diferentes²⁰. Por un lado, desde el punto de vista del creador de la obra derivada (del arreglo, de la adaptación, etc.), como creaciones originales y, por otro, desde el punto de vista del autor de la obra originaria, como reproducciones ilícitas, siempre y cuando no hubieran sido autorizadas.

Empero la propuesta de modificación del artículo 12 encontró oposición, ante el temor de que, al otorgarse a los autores un derecho sobre cualquier transformación, fuese original o no, pudieran valerse de esta prerrogativa para concluir con diferentes editores sucesivos contratos de edición sobre versiones ligeramente modificadas de sus obras. Fin de apaciguar estos temores, se optó por cambiarla, limitando el precepto a otorgar la facultad de autorizar o prohibir la propia transformación²¹. De tal suerte, finalmente el

¹⁸ *Ibíd.*, 149.

¹⁹ *Ibíd.*, 150.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*, 150-151.

artículo 12 fue aprobado con la siguiente redacción: «Los autores de obras literarias, científicas o artísticas, gozan del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos u otras transformaciones de sus obras».

La última revisión del Convenio de Berna se produjo en París, dando lugar a un texto aprobado de acuerdo con el Acta de París de 24 de julio de 1971. Esta revisión no modificó el texto del artículo 12 aprobado en la Conferencia de Bruselas²², por lo que la redacción referida en el párrafo precedente es la que tiene hoy en día. Por su parte, el artículo 2.2 permaneció inalterado, verificándose la configuración vigente en la actualidad. Cabe destacar que, hasta la fecha, ninguna modificación se ha producido con relación a la regulación de las obras derivadas y el derecho de transformación. Únicamente en la revisión de Estocolmo tuvo lugar un cambio en la numeración de los apartados del artículo 2, pasando a regularse las obras derivadas en el apartado tercero.

A guisa de clarificación: al estudiar cualquier institución jurídica resulta aconsejable partir de aquellos episodios históricos que la han conformado, por ende, comenzamos con aquellos atinentes al derecho de autor en general, para luego evaluar los presupuestos históricos particulares de esta concreta facultad de transformación que ostenta el autor sobre su obra. Esto así debido a la necesidad de entender cuándo y bajo qué circunstancias socio-políticas surge este derecho, y su evolutiva, como derecho material dentro del Convenio de Berna, primer y más trascendente instrumento convencional de carácter multilateral en este ámbito; impelidos por el convencimiento de que únicamente partiendo de los orígenes de esta prerrogativa del autor será factible aprehender el sentido de su regulación internacional actual.

1.1.2 La legislación dominicana: desde la Constituyente de 1844 hasta los ADPIC

Pues bien. En lo referente al caso particular de la República Dominicana, antes de contemplar la consagración normativa que actualmente tiene el derecho patrimonial de transformación, es menester ver la breve historia de la evolución legislativa nacional, ya que partiendo de los orígenes de esta prerrogativa de los autores dominicanos, y su

²² Llanos Cabedo Serna, “Comentario al artículo 12”, 1051.

consecuente evolutiva, podremos aproximarnos hacia una noción certera de cuál es su naturaleza y alcance. Veamos.

Según nos cuenta la profesora Mary Fernández Rodríguez²³, “desde la fundación de la República en 1844, el Constituyente dominicano ha tenido presente la necesidad de que se respeten los derechos de los autores sobre sus creaciones intelectuales y de otorgarles la protección debida”. Existiendo desde la fecha protección constitucional para este derecho esencial a la propiedad intelectual.

En el decurso de nuestra evolución legislativa, como nos cuenta Pedro Feliz Montes de Oca, “después de la constituyente de 1879 el Congreso Nacional vota la Resolución 2263, del 4 de Julio de 1884, en la cual se otorgan por primera vez las garantías para producción literaria, artística y científica y equiparan el autor nacional al autor extranjero; podemos decir que aquí surge la idea del trato nacional que está presente en todos los acuerdos internacionales modernos”²⁴. Y nos explica el mismo autor que, tiempo después, esto es, “el 5 de Agosto del 1911, se formula el reglamento 5027, el cual viene a ser la respuesta a la Convención de México de 1902, el primer tratado multilateral firmado por República Dominicana, donde asumía en nivel de compromiso superior, el respeto al Derecho de Autor, que no estaba debidamente protegido, ni expresamente en las cartas constitutivas”²⁵.

Por demás, es oportuno señalar que no es sino hasta el 24 de Noviembre del 1914 cuando se promulga la ley 5393, sobre Registro y Protección de la Obras de los Autores. Ciertamente, debe reconocerse el mérito de esta Ley de ser “el primer texto legal que se produce en la República Dominicana para la protección de los Derechos de Autor”²⁶.

Por demás, en todo este devenir histórico, posteriormente el legislador vota nuevamente la ley 1381 del 16 de Abril del 1947. En esta norma se incorpora por primera

²³ Mary Fernández Rodríguez, “La propiedad intelectual del siglo XXI: El antes y el después en la República Dominicana”, en *Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual* (ANUDOPI), 2014, 16.

²⁴ Pedro Félix Montes de Oca, “*La situación nacional del derecho de autor y los derechos conexos*” (Trabajo presentado en el Seminario Nacional de la OMPI sobre la Gestión colectica del derecho de autor y los derechos conexos, Santo Domingo, 13-15 de octubre de 1998), 3.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*, 4.

vez lo que es el derecho patrimonial del autor²⁷, pero solo el aspecto patrimonial, pues, nos cuenta el Dr. Montes de oca, que “el derecho moral estuvo ausente en los criterios del legislador de 1947. En estos derechos patrimoniales que se reflejaron en esta ley se incluyen todo tipo de explotación comercial o utilización de la cual pudiera ser pasable la obra”²⁸.

Por el hecho mismo de estar vinculados a la Convención Universal de Derechos de Autor y tener algunas incongruencias en la ley de 1947, es que se propulsa la ley 32-86 de 4 de julio de 1986. “Entre los elementos nuevos que se incorporaron se cita la inclusión del derecho moral del autor que era desconocido y que estuvo ausente en toda nuestra historia legislativa, es decir el derecho de reivindicación de la paternidad de la obra que tiene el autor cuando esta es mutilada, adulterada, o violada de alguna manera que pierda merito, o, que pierda su valor estético”²⁹. Por demás, contempla el derecho patrimonial de transformación y la tutela de su objeto, la obra derivada, cuyo precepto versaba de la siguiente manera:

Art. 6.- Están protegidas como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originarias y en cuanto constituyan una creación original:

- 1) Las traducciones, adaptaciones, arreglos y demás transformaciones originales realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización expresa del titular del derecho sobre la obra originaria;
- 2) Las colecciones de obras literarias o artísticas, tales como las enciclopedias y antologías, y otras de similar naturaleza, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales³⁰.

Poco tiempo después, nuestra adecuación institucional y legislativa del régimen de derecho de autor, en consonancia con el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), nos impulsó a adoptar una nueva normativa, que es la Ley 65-00 sobre derecho de autor, de 14 de marzo de 2001 (en adelante LDA). En la actualidad nos regimos por dicho instrumento legal. Empero, cabe destacar que, en lo concerniente al objeto que nos ocupa, se mantiene intacta la

²⁷ *Ibíd.*, 4.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Artículo 6, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, de 14 de marzo de 2001.

configuración normativa de la ley anterior. Por consiguiente, el objeto del derecho patrimonial de transformación, las obras derivadas, encuentran su coraza tuitiva en el artículo 6 de la referida ley 65-00.

Por demás, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 es el más importante entre todos los tratados multilaterales que versan sobre la protección de los derechos de autor. Todos los convenios y tratados internacionales, de algún modo, están subordinados a Berna y ninguno puede contrariar sus disposiciones. Entró en vigor el 24 de Diciembre de 1997 en la República Dominicana. Sin dudas, una de las ventajas de ser signatario del Convenio de Berna es la que se alcanza junto al ADPIC, ya aludido en el párrafo precedente, el sistema de protección internacional más amplio.

1.2 Naturaleza jurídica del derecho exclusivo de transformación. Fundamentos, concepto y estructura

1.2.1 Fundamentos de la actividad transformadora

Pese a que se ha elaborado toda una miríada de teorías en torno a las razones subyacentes al reconocimiento y protección del derecho de transformación, estas difieren entre ellas, atendiendo al sistema jurídico al cual se adscriben. Sin embargo, pueden diferenciarse dos grandes grupos que atienden a las diferencias esenciales entre el sistema de “Derecho de autor”, o sistema “continental Europeo”, y el sistema de corte angloamericano del Copyright (que puede traducirse literalmente por “derecho de copia”).

A grandes rasgos, podemos apuntalar las diferencias que sostienen ambos sistemas en cuanto al fundamento y la finalidad de los derechos que les confieren a los autores sobre sus obras. Básicamente, en el sistema del copyright la creación se protege a fin de que reporte alguna utilidad a la colectividad, es decir, siempre que sirva al desarrollo cultural y artístico en general. En esa misma dirección, el reconocimiento de ciertos derechos a los autores es únicamente un medio necesario para la consecución de un beneficio colectivo. En contraste con estas apreciaciones, en el sistema continental Europeo el basamento de las prerrogativas conferidas a los autores sobre sus creaciones

no es la consecución de un fin superior –el bien común–, sino que se considera que es justo en sí reconocer a los autores ciertos derechos sobre el fruto de su trabajo intelectual y recompensarlos por ello³¹.

Sea como fuere, en nuestro especial interés, la naturaleza del derecho de transformación, en cuanto facultad de explotación que poseen los autores sobre sus obras, también es susceptible de que sea explicada conforme a cada una de las visiones desarrolladas en ambos sistemas. Procederemos a ocuparnos, aún sea *grosso modo*, de algunas de las teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica de este derecho tan complejo. De esto es de lo que se tratará en lo que sigue.

1.2.1.1 Teorías sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Autor

Nos sumergiremos en el estudio de las diversas teorías que intentan explicar la naturaleza del derecho de autor, que es la misma del derecho patrimonial de transformación al formar parte de aquel. Estas han sido desarrolladas con base en el sistema al cual se adscriben, esto es, el copyright o el sistema continental europeo. Comenzaremos por las teorías elaboradas en el copyright, ya que son más y, en todo el devenir de la Propiedad Intelectual, han ganado mayor terreno. Veamos.

³¹ Ángel Luis Alonso Palma, *Propiedad intelectual y derecho de autor*, 3ª edición (Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2015), 14-15. Ampliando de manera escueta las fundamentaciones propuestas, debemos remitirnos a las reflexiones de Alain Strowel que, con una fuerza esclarecedora, nos revela que la propia denominación que adoptan ambos sistemas “derecho de autor” y “copyright” revela ya un fundamento y unos principios rectores diversos: “La distinción entre la tradición del copyright y la del derecho de autor descansa sobre una cuestión terminológica; allí donde los adeptos de la primera, los británicos y sus herederos espirituales, hablan del copyright para designar a un derecho que nace de la existencia de una copia, de un objeto en sí, los seguidores de la segunda hablan de derecho de autor, indicando que se trata de un derecho que procede del esfuerzo intelectual o de la actividad desplegada por un autor, un creador. Esta es la oposición fundamental: un derecho que se construye, de un lado, por referencia al autor, a la persona creadora, y, de otro, por referencia al ejemplar de la obra, al producto de la creación y que lo preserva contra la copia”. Y agrega más tarde el mismo autor: “Y es porque la palabra copyright se refiere a la etapa de difusión de la obra que aquellos que ponen el acento sobre la vertiente de la comunicación más que sobre la creación de la obra, prefieren este término. Inversamente, aquellos que sitúan a la creación y al autor en el centro del ordenamiento jurídico, estiman que la palabra copyright resulta inapropiada y desfavorable para los autores, porque es impersonal y porque está dissociada del autor, que es el verdadero depositario del derecho” (Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences* [Bruylant, Bruselas: Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1993, 19-21]) Traducción de Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 41-42.

1.1.1.1.1 La teoría económico-utilitarista clásica: el enfoque cuantitativo

Puede afirmarse, sin miramiento alguno, que la visión económico utilitarista presupone el elemento basilar de todo el andamiaje jurídico del Copyright. Esta teoría propone una protección de las creaciones del espíritu que maximice los beneficios de los autores como principal aliciente para la producción creativa. Básicamente, se sostiene del siguiente supuesto: el fin último de la protección de la propiedad intelectual, que es la promoción del conocimiento y el enriquecimiento cultural de la población, solo se alcanza espoleando la creación del máximo número posible de obras. Para tales fines se requiere convertir la inversión creativa en algo que merezca la pena³². Y es que, como sugieren sus adeptos, se disminuiría considerablemente la productividad intelectual si los autores no son recompensados por su esfuerzo y tiempo invertidos en la labor creativa. En ese mismo sentido, los derechos patrimoniales son protegidos como tal ya que, sobre la base de la eficiencia económica del mercado, brindan beneficios estáticos y dinámicos³³: evitan el uso excesivo o mal uso que se le puede dar a un recurso [intangibles], y también constituyen un incentivo para la creación de nuevos recursos o, sino, realzar y mejorar los ya existentes³⁴.

Esta visión instrumental ha sido suscrita por la Suprema Corte norteamericana cuando, en el caso *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken* de 21 de abril de 1975, esgrimió con mayor claridad los planteamientos anteriores:

El limitado alcance del monopolio del titular de derechos, así como la duración limitada del copyright requerida por la Constitución, refleja el equilibrio entre varios intereses públicos encontrados: la creación ha de ser promovida y remunerada, pero la motivación privada, en última instancia, debe servir para fomentar una amplia disponibilidad de literatura y música y otras artes. El efecto inmediato de nuestra legislación sobre copyright es asegurar al autor una retribución justa por su labor creativa. Pero el objetivo final es, con este incentivo,

³² Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 42.

³³ La concepción económica de la Propiedad Intelectual viene dada en dos sentidos básicos: por un lado, su eficiencia en el sentido estático, esto es, toda creación debe ser disfrutada por múltiples individuos. Debe permitirse un amplio acceso para los usuarios a costos marginales sociales, los cuales pueden ser bastante bajos. En tanto que, por otro lado, la eficiencia dinámica requiere incentivos para invertir en nueva información, para la cual el valor social excede el costo de desarrollo. Ver ampliamente en Keith E. Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy* (Washington, D.C.: Institute for International Economics, 2000), 29.

³⁴ Richard A. Spinello, and Maria Bottis, *A Defense of Intellectual Property Rights* (USA: Edward Elgar Publishing, 2009), 149.

estimular la creatividad artística en beneficio del bien común. El único interés de los Estados Unidos, y el objetivo primordial perseguido al otorgar tales monopolios, -ha dicho esta Corte-, se fundamenta en el beneficio general que obtiene el público gracias a la labor de los autores³⁵.

Partiendo de esta tesis, se podría considerar que el derecho de transformación no sería otra cosa que una forma de aumentar los potenciales ingresos del autor de la obra originaria. Esto así ya que los autores de obras primigenias son más proclives a crear nuevas obras si tienen la seguridad de que podrán obtener rendimientos adicionales de sus obras en otros mercados distintos de aquel al que originariamente se dirigen³⁶. Y es que, ciertamente, algunas obras se crean con la expectativa de que determinados mercados de derivados son importantes para recuperar las inversiones realizadas en estas obras³⁷. Por lo mismo, “el derecho de transformación afecta el nivel de inversión en las obras protegidas por los derechos de autor, ya que les permiten a los potenciales autores invertir en la creación de sus obras de acuerdo a los rendimientos esperados en todos los mercados y no sólo en el que se publica por primera vez la obra”³⁸. De suerte que, por ejemplo, el creador de dibujos animados para cómics será más productivo si tiene la seguridad de que sus personajes pueden ser explotados bajo su control, no solo en el mercado de las historietas animadas, sino también en otro como el cinematográfico, el juguetero o el de videojuegos³⁹.

Los productores de películas [obras cinematográficas] están entre aquellos que consideran el derecho de transformación un elemento importante en la toma de decisiones sobre si invertir en creaciones derivadas. Debido a que las películas son un tipo de obra que requieren un intensivo capital para crearlas y llevarlas al mercado, la prerrogativa de crear derivaciones se ha vuelto muy importante para las estrategias de de retornos sobre la inversión que diseñan sus productores. Esto a menudo incluye la posibilidad de crear

³⁵ *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975).

³⁶ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 43.

³⁷ Pamela Samuelson, *The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right*, *Georgetown Law Journal*, 1505 (January 2013), 1527-1528.

³⁸ Paul Goldstein, *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, 30 *Journal of the Copyright Society* 209, (1983), 227. Y a seguidas, agrega el mismo autor que las obras derivadas también pueden “afectar la dirección de la inversión en obras protegidas por derechos de autor”. También citado por Patricia Mariscal, 43.

³⁹ Patricia Mariscal, 44.

secuelas que implican algunos o todos personajes y algunos que se traslapan en la trama, así como mercancías que representa personajes o escenas de la película⁴⁰.

Sea como fuere, esta teoría no resulta del todo convincente. Así que con relativa facilidad se formula su contrapartida: cuanto mayor sea el control que se otorgue a los autores, menor será la libertad para crear obras que se basen en otras primigenias, mientras que resultará menester recabar la autorización del autor. En ese mismo orden de ideas, puede decirse que la lógica de esta teoría conduce, si acaso, a un incremento del número de obras originales, pero no de obras derivadas, que tenderán a la baja. Precisamente en este contraste es que reside el basamento de la siguiente teoría a tratar, que se ha esbozado con el fin de corregir los postulados de la teoría económico-utilitarista clásica. Veamos.

1.1.1.1.2 La teoría económico-utilitarista revisada: el enfoque cuantitativo

En franca contraposición a la teoría anterior, se ha sugerido que la regulación de un derecho de transformación no se ha de traducir necesariamente en un aumento de la producción total de obras, puesto que es desacertada la premisa en que se funda la teoría convencional, según la cual son los beneficios esperados de la explotación de potenciales obras derivadas los que impulsan a los autores a crear obras originales.

⁴⁰ Pamela Samuelson, 1528. Sin embargo, las películas están lejos de ser el único tipo de obras creadas con la expectativa de sus posibles derivaciones. Los compositores de hoy en día rara vez esperan ganar mucho dinero con las ventas de partituras. Por lo general componen canciones con la expectativa de ganar dinero de las ventas de grabaciones de sonido y licencias de ejecuciones públicas. Los arquitectos preparan los dibujos con el objetivo de ser encargados de hacer más representaciones de sus diseños, así como para supervisar la implementación de sus diseños en la forma derivada de un edificio. "Los programadores informáticos esperan personalizar el software para satisfacer las necesidades específicas de los clientes y ofrecer versiones actualizadas al público. Los escultores y los artistas gráficos a menudo bosquejan o hacen los modelos con la meta de producir eventualmente obras de arte visual. A veces estos bocetos o modelos se ofrecen a precios más modestos que la escultura final o el arte gráfico imaginado en el boceto o modelo. Además, se crean algunas artes gráficas con el objetivo de obtener más dinero de las ventas de reproducciones de arte, como postales, carteles u otros facsímiles, como artefactos a través de los cuales el artista puede recuperar sus inversiones. Los novelistas y dramaturgos frecuentemente esperan que sus obras sean transformadas en películas o traducidas de un idioma a otro. Los guionistas y los novelistas a menudo anticipan tener sus obras adaptadas para el escenario. Aunque la contemplación de los derivados a veces puede afectar si eligen escribir en absoluto, también puede afectar la dirección en la que puede ir su escritura. Algunos escritores, por ejemplo, pueden estar más inclinados a escribir novelas o piezas teatrales de una especie o de una manera que los hará más comercializables para los estudios de cine. [...] Algunos editores pueden, además, tener en cuenta los mercados derivados al decidir si invertir en obras preparadas por autores desconocidos.

La primera de las refutaciones es fácilmente verificable. En caso de que no existiera un derecho de transformación, el número de obras derivadas sería mucho mayor, toda vez que si se parte de la base de que resulta más asequible⁴¹, y en ocasiones más rentable, crear obras partiendo de trabajos anteriores. Tomemos como ejemplo las famosísimas y exitosísimas sagas de “*La guerra de las galaxias*” y “*Harry Potter*”. En ausencia de un derecho de transformación es muy probable que las posibles secuelas y precuelas derivadas de dichas obras primigenias hubieran sido mucho más numerosas. Si bien es cierto, como nos advierte Patricia Mariscal, que el número de obras originales tendería a disminuir, ello no afectaría probablemente al cómputo global, que seguiría creciendo gracias a la proliferación de sucesivas versiones y *remakes*⁴². Por demás, también pueden considerarse las obras que debido a su éxito comercial serían más susceptibles de ser adaptadas. Sin dudas, estas obras hubieran sido creadas independientemente de la posibilidad de que surjan derivaciones de ellas, puesto que son bienes en sí mismos, y sin necesidad de extenderse a otros mercados tienen un elevado rendimiento económico.

Evidentemente, ambos argumentos presentados nos revelan las inconsistencias de la justificación económica-utilitarista clásica del derecho patrimonial de transformación. Empero, esta teoría no es del todo desechable, puesto que aún sigue siendo posible justificar la existencia de este derecho desde una óptica utilitarista si se asume el verdadero objetivo que busca la protección de la Propiedad Intelectual no es aumentar el número de obras nuevas, sino la creación de obras de calidad⁴³. En razón de esto debemos matizar nuestro rechazo al instrumentalismo económico clásico de la transformación autoral.

La justificación para conferirles a los autores prerrogativas transformativas se deriva del reconocimiento de los beneficios sociales que probablemente fluirán de aplazar, al menos durante algún tiempo, las decisiones autorales acerca de si, cuándo, en qué condiciones y cómo entrar en los mercados derivados. A menudo, los autores están

⁴¹ Sin dudas sería más asequible ya que se eliminan los costes de transacción, o mejor dicho, estos serían cero.

⁴² Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 45.

⁴³ *Ibíd.*

ocupados simplemente tratando de terminar sus obras y hacer arreglos para que las obras aparezcan en el mercado primario para el cual fueron creadas (por ejemplo, libros que se venden en librerías o en línea). Los autores bien pueden querer ver cómo les va a sus obras en este mercado antes de tomar decisiones sobre la entrada en los mercados derivados y la formulación de estrategias sobre la forma de tener éxito⁴⁴. Como dijo algún autor: “el derecho de transformación puede ser defendido en la medida en que es un instrumento que permite a los autores tomarse su tiempo”⁴⁵. En ese sentido, resulta más acorde con la realidad afirmar que el derecho de transformación permite crear obras de calidad, porque la ausencia de competición en el mercado de obras derivadas otorga a los titulares del derecho de transformación el tiempo necesario para poder ofrecer al público un buen producto.

Si los autores carecieran de los derechos legales para controlar los mercados derivados (por ejemplo, no tener el poder para detener las traducciones a otros idiomas o hacer secuelas o precuelas), algunos podrían precipitarse para crear o arreglar la creación de derivados para vencer a los competidores no autorizados en la entrada al mercado derivado⁴⁶. Y es que en ausencia de un derecho de transformación, únicamente obtendría beneficios aquel que invirtiera menos tiempo en la creación de obras derivadas, dejando sin opciones a aquellos que más han invertido en la creación de obras realmente originales⁴⁷. Además, proliferarían auténticas imitaciones serviles de las obras, porque, al no poder obtener los autores protección sobre las obras derivadas, carecerían de incentivos para dotar de originalidad a sus creaciones, lo cual, sin duda, conduciría a un empobrecimiento cultural⁴⁸.

Sea como fuere, esto no quiere decir que todos o incluso la mayoría de los autores decidan no crear obras nuevas en ausencia de un derecho de transformación. Hay muchos compositores, dramaturgos, novelistas y eruditos que crean nuevas obras sin pensar en las derivaciones que estas puedan tener. La mayoría probablemente estaría feliz por algún

⁴⁴ Pamela Samuelson, 1530.

⁴⁵ Michael B. Abramowicz, *A Theory of Copyrights Derivative Right and Related Doctrines*, Minnesota Law Review, vol. 90, (2005-2006), 328-330. Citado por Patricia Mariscal, 45.

⁴⁶ Pamela Samuelson, 1530.

⁴⁷ Michael B. Abramowicz, 320-322.

⁴⁸ Patricia Mariscal, 45.

éxito razonable en el mercado principal para el que destinaron su obra. Y, por supuesto, muchos crean por el puro placer de crear nuevas obras, algunos con el propósito de persuadir a otros sobre sus puntos de vista, otros para expresar tristeza u otras emociones, algunos porque sienten que no tienen elección y otros porque quieren obtener la tenencia o de otra manera avanzar sus carreras profesionales⁴⁹.

Por todo lo anterior, el derecho de transformación probablemente disminuye el número de obras derivadas, por lo que no puede decirse que contribuya a aumentar el número total de obras existentes. En ese sentido, el argumento tradicional únicamente puede ser salvado reconociendo que hay obras que son más importantes que otras, en parte porque las obras que son substitutos cercanos de otras tienen relativamente poco valor. En definitiva, la regulación del derecho de transformación fomenta a los autores, no a crear más obras derivadas, pero sí obras más valiosas para la sociedad⁵⁰.

1.1.1.1.3 Teoría de la discriminación de precios

Esta teoría encuentra la fundamentación al derecho de transformación en su capacidad para permitir a los autores obtener beneficios de los diferentes subproductos creados a partir de la obra primigenia, fomentando así la creación de obras originarias. El mecanismo de discriminación de precios permite comercializar un mismo producto a diferentes precios en los distintos mercados, según los consumidores estén dispuestos a pagar una cantidad mayor o menor por el mismo. Una forma de discriminación de precios consiste en dividir la obra en varios subproductos –las obras derivadas– dirigidos a un mercado concreto, a fin de maximizar el rendimiento económico total de la obra primigenia⁵¹. Así las cosas, una obra cinematográfica, por ejemplo, pueden dividirse en varios subproductos, tales como las versiones en diferentes idiomas, las secuelas, o la adaptación al formato de serie televisiva.

Con base en esta teoría, el papel del derecho de transformación es el de ampliar la cobertura de explotación de las obras primigenias, permitiendo al autor retener el control

⁴⁹ Pamela Samuelson, 1530.

⁵⁰ Michael B. Abramowicz, 46.

⁵¹ Patricia Mariscal, 46.

sobre la creación de obras derivadas en un formato accesible a la mayoría de la población.

1.1.1.1.4 Teoría de los bienes sustitutivos

Conforme esta teoría, el reconocimiento del derecho de transformación es necesario para impedir que terceros se aprovechen del esfuerzo de los autores y produzcan bienes sustitutivos comercializándolos a precios más bajos. Se parte de la base de que las obras derivadas son bienes “intercambiables” o sustituibles por aquellos de los que derivan y están dirigidas a un mismo mercado. Dicho de otro modo, se presume que la obra originaria y la derivada son bienes en una situación de competencia⁵². En este sentido, cuanto mayor sea la similitud entre ambas obras, mayor será su efecto sustitutivo.

De acuerdo con la lógica de esta teoría, una adaptación cinematográfica sería un sustitutivo de la novela en la que se basa. Si a los autores de no se les reconociera un derecho de transformación tendrían que competir con los autores de las adaptaciones por la captación de unos mismos consumidores, lo cual disuadiría la producción de obras literarias susceptibles de ser sustituidas por versiones cinematográficas. Empero, algunos autores han rechazado la viabilidad de esta teoría para fundamentar el derecho de transformación:

El caso de conferirle al titular de derechos de autor el control sobre las obras derivadas es sutil. No es, como se podría pensar, permitir al creador de la obra preexistente recuperar su costo de expresión. Por definición, la obra derivada es un sustituto imperfecto. A menudo no es ningún sustituto en absoluto”⁵³.

Y siguen dichos autores presentando el siguiente ejemplo:

Traducir Los Hermanos Karamazov al inglés es una tarea enormemente lenta que tiene el mismo carácter general que las actividades expresivas que el Derecho de Autor protege. De hecho, la traducción es una parte vital de la expresión literaria y de la expresión creativa en general. Si el traductor no pudiera lograr que su traducción se proteja, podría ser incapaz de recuperar el costo del tiempo empleado durante su creación. Cualquiera

⁵² *Ibíd.*, 47.

⁵³ William Landes and Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003), 109.

sería libre de copiar la traducción sin haber incurrido en ese costo, y por lo tanto le podría malvender lo que para él constituye un beneficio⁵⁴.

1.1.1.1.5 Teoría de los bienes complementarios

Básicamente, esta tesis trata de corregir la teoría anterior. Como han advertido oportunamente sus adeptos, no todas las obras derivadas son sustitutivas de aquellas de las que derivan. Esto puede observarse claramente, como inferimos en el párrafo precedente, en el caso de las traducciones. Para un ciudadano dominicano medio, la traducción al español de la última novela de Haruki Murakami no es sustitutiva de su versión japonesa. Y ello ocurre con infinitud de obras. Así, por ejemplo, las adaptaciones cinematográficas no constituyen tampoco bienes sustitutivos de las novelas en que se basan. Se trata de obras dirigidas a un público diferente, de modo que la explotación de las adaptaciones no solo no se realiza en detrimento de las obras primigenias, sino que en muchas ocasiones pueden beneficiarles. Y es que, como nos advierte Patricia Mariscal, en el caso anterior, “a diferencia de lo que ocurre con una obra competidora, una película basada en una novela, con independencia de que técnicamente constituya una infracción o no, es probable que aumente, y no que disminuya, la demanda sobre la obra”⁵⁵.

Digámoslo sin rodeos: incluso existen obras derivadas que se crean precisamente para promocionar aquellas de las que derivan. En el caso *DC Comics Inc. v. Reel Fantasy, Inc.*, la demandante, titular de los derechos sobre sus personajes de cómic tan famosos como Superman, Batman, o Lex Luthor, demandó a una librería que comercializaba varios de sus cómics por distribuir folletos publicitarios en los que aparecía la imagen de varios personajes de la historieta gráfica Batman⁵⁶. Al final, la Corte optó por darle la razón a la parte demandada sobre la base de que la distribución de tales folletos constituía un “*fair use*” que no perjudicaba sino que promocionaba la obra preexistente.

⁵⁴ *Ibíd.*, 110.

⁵⁵ Patricia Mariscal, 48.

⁵⁶ Sentencia de la Corte de Apelación del Segundo Circuito, de 14 de diciembre de 1982 (696 F. 2d 24). Citada por Luney Jr., Glynn S., *Copyright, Derivative Work, and the Economic Complements*, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technical Law*, vol. 12, (2010), 786.

Conforme esta teoría de los bienes complementarios, comoquiera que la protección del derecho de transformación no puede tener como fin el enriquecimiento individual de los autores, sino el acceso general a la cultura, tal facultad solo ha de ser reconocida cuando pueda demostrar que, en sus ausencia, los titulares de derechos obtendrían tan poco rendimiento de su trabajo que no encontrarían alicientes para seguir creando obras originales. Para llegar a tal situación es preciso que se den dos circunstancias⁵⁷. La primera es que la obra derivada no tenga un efecto complementario sobre la originaria, esto es, que la producción de la obra derivada no conlleve un aumento de la demanda de la originaria. Por ejemplo, las traducciones no son sustitutivas, pero tampoco son complementarias. Por ejemplo, la traducción de una novela rusa al español no necesariamente aumenta la demanda de la obra originaria en su idioma original. La segunda de las circunstancias que motivan el reconocimiento de un derecho de transformación es la ausencia de competitividad en el mercado de la obra derivada. De tal suerte, aún teniendo un efecto complementario (por ejemplo, una adaptación cinematográfica de una novela), será preciso seguir reconociendo a los autores un derecho de adaptación si el mercado de la obra complementaria es naturalmente monopolístico (como es, por ejemplo, el mercado de la industria cinematográfica). Por tanto, únicamente cuando se dé alguna de estas dos circunstancias, o ambas, será necesario el reconocimiento de un derecho de transformación o adaptación. En el resto de situaciones, acorde a esta teoría, la transformación debería ser libre⁵⁸.

1.1.1.1.6 Teoría de la minimización de los costes de transacción

El basamento de esta teoría es que el derecho de transformación se justifica por la minimización de los costes de transacción que de otro modo los sucesivos autores de las obras derivadas tendrían que soportar⁵⁹. Si el derecho de transformación no existiera, aquel que quisiera, por ejemplo, crear una vajilla en la que apareciesen plasmados los personajes de la última película de Disney, tendría que requerir autorización, no solo a la compañía Walt Disney, sino a todos aquellos titulares de obras –no ya derivadas, sino

⁵⁷ Luney Jr., Glynn S., 815.

⁵⁸ Patricia Mariscal, 49.

⁵⁹ William Landes and Richard Posner, 7-8.

independientes— creadas a partir de estos mismos personajes (muñecos, camisetas, juegos y demás productos de *merchandising*). Si, por el contrario, la titularidad recae sobre una sola persona, los costes de transacción para potenciales creadores de obras derivadas son menores, lo que al fin y al cabo se traduce en una eliminación de las trabas que obstaculizan la creación⁶⁰.

1.1.1.1.7 La justificación del derecho de autor desde el sistema continental

Como se dijo en líneas anteriores, a diferencia del copyright, que se asume como prerrogativas utilitaristas, en tanto tienen una utilidad en el progreso social y cultural de la sociedad, el derecho de autor justifica su existencia en que se protege como bien en sí mismo⁶¹.

Existen varias teorías provenientes del derecho natural⁶² que tratarían de justificar la protección de las facultades patrimoniales del autor, como la idea de remuneración económica por el trabajo realizado⁶³ o las teorías lockeanas sobre la adquisición de los frutos del trabajo⁶⁴, Como quiera que sea, lo cierto es que en los sistemas de derecho de autor subyace la idea de que la propiedad intelectual es, al fin y al cabo, un derecho de propiedad⁶⁵ o, al menos, un derecho exclusivo para explotar la obra oponible erga *omnes*, protegible por este simple hecho y sin atender a consideraciones utilitaristas. Pero se impone aclarar que el acto decisivo para ser titular del derecho es la elaboración de una

⁶⁰ *Ibíd.*, 50. En todo caso, esta teoría nos parece a todas luces inconsistente, ya que no parece tomar en cuenta que la creación de derivaciones sucesivas conlleva que se utilicen no solo elementos de la obra originaria, sino también elementos propios de otras obras derivadas de la primera, en cuyo caso resultará menester recabar la autorización de los titulares de derechos sobre estas últimas.

⁶¹ Gisela María Pérez Fuentes y Karla Cantorral Domínguez, *Formatos televisivos y derechos de autor* (México D.F.: Tirant Lo Blanch, 2015), 19-20.

⁶² Arturo Ancona García López, *El Derecho de Autor en la Obra Audiovisual* (México: Editorial Porrúa, 2012), 21-25.

⁶³ Randolph J. May, and Seth L. Cooper, *The Constitutional Foundations of Intellectual Property: A Natural Rights Perspective* (North Carolina: Carolina Academic Press, 2015), 176.

⁶⁴ William W. Fisher III, "*Theories of Intellectual Property*," in Stephen Munzer, ed., *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (Cambridge University Press, 2001), 9.

⁶⁵ *Ibíd.*, 20.

obra que sea susceptible de ser protegida por el derecho de autor, y no el mero hecho de ser persona, excluyéndose la posibilidad de que sea un derecho personalísimo⁶⁶.

Desde este punto de vista, el derecho de transformación, como facultad dominical, formaría parte de este derecho de propiedad, por lo que su ejercicio habrá de someterse necesariamente a la autorización del autor o titular. Por demás, si partimos de la idea de que la transformación implica siempre una previa labor reproductiva, podría inferirse que toda transformación no autorizada supone una apropiación indebida de parte de una obra ajena y, por tanto, un atentado contra su propiedad. En este sentido, no basta con proteger a los titulares de derechos frente a imitaciones serviles de sus obras, sino que es preciso preservar su propiedad frente a otras apropiaciones más sofisticadas⁶⁷.

1.1.1.1.8 Teoría de la protección de la integridad de la obra

El basamento de esta teoría es garantizar al autor su peculiaridad creativa de la obra, máxime que el derecho a la protección de la integridad de la obra pertenece al núcleo o ámbito nuclear del derecho moral del autor⁶⁸. Sin embargo, es frecuente que el derecho de transformación se utilice como vía para tratar de resarcir al autor frente a ataques contra la integridad de su obra, sobre todo en los países inscritos en la tradición del Copyright, en los que los derechos morales se regulan de manera muy restringida (por ejemplo, el derecho de integridad se reconoce únicamente para los autores de obras visuales⁶⁹). De manera palmaria, ello supone un error porque, como veremos ampliamente en su momento, no todas las transformaciones vulneran el derecho moral de integridad, ni todos los atentados contra este derecho son verdaderas transformaciones. Por consiguiente, los autores tienen habilitadas otras vías para defender el respeto a la integridad de su obra y, por ello, la existencia de un derecho de transformación no puede justificarse en la protección de derecho moral alguno.

⁶⁶ Ivonne Preinfalk Lavagni, *El derecho moral del autor de programas informáticos* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 43.

⁶⁷ Patricia Mariscal, 52.

⁶⁸ Ivonne Preinfalk Lavagni, 72-75.

⁶⁹ Patricia Mariscal, 52.

Como corolario de este apartado, debemos destacar que el conjunto de teorías tratadas nos lucen insuficientes para dotar de sentido al derecho de transformación desde su amplísima dimensión. Esto así ya que ninguna, desde su perspectiva particular, logra dar una fundamentación de conjunto.

Al calor de lo anterior, pues, antes de analizar las particularidades de la transformación, de esta concreta y exclusiva modalidad de explotación de los derechos patrimoniales sobre las obras, resulta menester realizar algunas precisiones puntuales respecto a la ontología de las obras del espíritu y la tradición ideológica que arraiga el régimen jurídico que las define. Esto con la salvedad de que, debido al contenido dual que poseen [atributos morales y facultades de explotación], indefectiblemente, requiere que en su fundamentación se acuda a terminologías y apreciaciones propias de sus ámbitos particulares de concreción, que tienen mayor o menor preponderancia conforme el régimen al cual se adscriban aquellas para revestirse de eficacia tuitiva⁷⁰. En esas atenciones, a modo de una breve y concisa orientación propedéutica, nos ocuparemos de algunas herramientas conceptuales que facilitarán la delimitación fenomenológica (enfocada en su manifestación) del de por sí complejo derecho de transformación. Esto con la intención aproximativa de lograr una fundamentación entitativa de las obras derivadas. Pues bien. Una vez hecha la advertencia, volvemos sobre nuestros pasos en el estudio del objeto que nos ocupa.

1.2.1.2 Una mirada ontológica al Derecho de Autor: El “Ser” Creativo

La teoría económica-utilitarista de los incentivos para la producción creativa se encuentra sólidamente instalada en la doctrina, y también ha sido profusamente usada por la jurisprudencia, inclusive llegando a constituirse en el paradigma dominante. Sin lugar a dudas, su basamento está fundado. Más no deja de ser una visión en perspectiva; no holística.

⁷⁰ Por tales motivos, en las distintas teorías que vimos los términos y orientaciones más recurrentes eran los incentivos, la maximización y el bien colectivo, ya que partían de los postulados del Copyright. Ahora corresponde detenerse un poquito en los atributos personales [la esencia] del sujeto-creador.

Ya algún autor lo había dicho, sintetizando los postulados de dicho modelo, en los siguientes términos:

Como «motor de la libre expresión», el derecho de autor tiene como objetivo tradicional de proporcionar una remuneración suficiente para que los autores y editores creen y distribuyan expresiones originales. Los titulares de los derechos de autor gozan de derechos exclusivos sobre sus obras, pero esos derechos se han adaptado estrechamente de acuerdo con el entendimiento de que sirven principalmente para proporcionar un beneficio público. Sin embargo, de acuerdo con la expansión de los derechos de autor, este se trata cada vez más de manera similar a la propiedad convencional que como un instrumento delicadamente afinado de diversidad expresiva⁷¹.

Todavía más. Como nos advierte Madhavi Sunder:

El concepto de utilidad en el contexto de la Propiedad Intelectual compone una problemática elemental, y es que es definida simplemente como el maximizador de la producción creativa. Además, entender la propiedad intelectual como un incentivo para crear se reduce a la afirmación de que la capacidad de pago, como se evidencia en el mercado, debe determinar la producción del conocimiento y la cultura⁷².

Como se explicó anteriormente, la perspectiva instrumentalista constituye el basamento del sistema angloamericano del Copyright. No resulta nada extraño que así sea, tomando en cuenta que se sostiene en un modelo configurado con base en las prerrogativas patrimoniales de la condición autoral, soslayando el vínculo sensible que existe entre un autor y su obra. Y es que concebir la protección autoral como un instrumento que permite alcanzar un fin superior, es ignorar la naturaleza compleja y heterogénea de la producción creativa, que la hace un fin en sí misma. Los postulados económico-utilitaristas se han reflejado en toda una plétora de decisiones judiciales que han versado sobre la propiedad intelectual. Por ejemplo, la declaración de un tribunal de distrito en Estados Unidos versaba así: "el derecho de [c]opyright y las marcas no son un asunto de fuerte principio moral". Más bien, "los regímenes de propiedad [i]ntelectual son leyes económicas basadas en decisiones de políticas públicas que asignan derechos

⁷¹ Neil Weinstock Natanel, *Copyright's Paradox* (New York: Oxford University Press, 2008), 7.

⁷² Madhavi Sunder, *From Goods To a Good Life. Intellectual Property and Global Justice* (New Haven: Yale University Press, 2012), p. 29.

basados en evaluaciones de qué normas legales producirán el mayor bien económico para la sociedad en su conjunto”⁷³.

Digámoslo sin rodeos: la fundamentación del Derecho de Autor no se agota en la hipótesis económica de los incentivos para la producción creativa, ya que pensar en la utilidad de una obra, consecuencia racionalizada de un fenómeno ya dado, nos conduce a adoptar una visión racionalista del acto de su creación que no resiste el análisis fenomenológico. Este modelo hay que removerlo desde sus cimientos y encontrar un enfoque más abarcador.

Y es que, al igual que los derechos de propiedad de bienes, los derechos de propiedad intelectual pueden promover la libertad y la seguridad, lo cual permite potencialmente sociedades del conocimiento en la que los ricos y pobres por igual pueden cultivar y beneficiarse materialmente de sus ideas⁷⁴. Suscribiendo en parte el planteamiento anterior, y rechazando el paradigma económico-utilitarista dominante, Robert Merges nos sugiere, atinadamente, que los fundamentos básicos de la Propiedad Intelectual son la autonomía y la libertad individuales⁷⁵. Esto hay que explicarlo de manera clara y detallada. Pero advirtiendo que se hará desde el enfoque del parto creativo, cuya concreción es una obra con dimensiones entitativas que solo pueden percibirse mediante un ejercicio de abstracción.

La concepción del proceso creativo como manifestación de la autonomía individual fue ampliamente desarrollada por Immanuel Kant, por ende, Robert Merges acude a él para construir su enfoque de la Propiedad Intelectual fundamentada en la autonomía y libertad de los individuos. Veamos, pues, de qué se trata.

El autoralista argentino Julio Raffo nos sugiere que la creación artística de corte kantiano radica en el genio, el cual consiste en

⁷³ Caso *Louis Feraud Int'l S.A.R.L. v. Viewfinder, Inc.*, de 29 de septiembre de 2005 (406F. Supp. 2d 274, 281 [S.D.N.Y. 2005]).

⁷⁴ Madhavi Sunder, 132.

⁷⁵ Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011), 15.

«...un talento para producir aquello para lo cual no cabe dar una regla determinada... de ahí que el autor de un producto, que debe a su genio, no sepa él mismo cómo se han juntado en él las ideas para ello, ni siquiera está en su poder imaginarlas a voluntad o siguiendo un plan...». Este talento se pone en evidencia en la imaginación del artista, pero no se trata aquí de una imaginación «clara y distinta», del tipo cartesiano, sino de una imaginación que da lugar a la «idea estética», una idea «... que mueve mucho a pensar sin que pueda tener, no obstante, ningún pensamiento determinado...»⁷⁶.

Sea como fuere, lo cierto es que los estudiosos de la disciplina autoral no ven la libertad individual y la autonomía personal como el principal objetivo de la Propiedad Intelectual. Para la mayoría de ellos, el Derecho de Autor es estrictamente instrumental, un medio para alcanzar el fin último del bienestar social neto o algo similar. Empero, Robert P. Merges, junto a Kant, corta esta visión instrumental con destreza cual si estuviera blandiendo una hoja de cuchillo. Su pensamiento trasciende los conceptos amorfos de interés colectivo y equilibrio utilitario, sustituyéndolos por la brillante y aguda idea de autonomía personal. El resultado es un enfoque más claro de la propiedad intelectual como un derecho y de los intereses de terceros como aspectos o dimensiones que se alcanzan cuando nos movemos hacia fuera desde el punto de partida que es el individuo⁷⁷. Cabe señalar que este enfoque separa muy bien los intereses de terceros de los derechos individuales, una distinción que consideramos esencial para una adecuada comprensión de la naturaleza del derecho autoral y, muy particularmente, del proceso creativo que detona su eficacia tuitiva. Una infusión de esta concepción kantiana basada en la autonomía y la libertad promete ayudar a corregir la fragilidad del paradigma hegemónico instrumental.

Conforme el enfoque que nos propone Merges, el deseo de moldear y controlar cosas externas al *ser* (los objetos abstractos⁷⁸) es un poderoso impulso para los seres humanos. Un proyecto [expresión creativa] que implica un objeto externo [la obra] puede requerir que una persona moldee o controle ese objeto durante un período de tiempo. Por

⁷⁶ Julio Raffo, *Derecho autoral: Hacia un nuevo paradigma* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2011), 60-61.

⁷⁷ Robert P. Merges, 15.

⁷⁸ Como bien nos advierte Peter Drahos: “[...] Un monopolio de patentes otorga a su titular derechos contra el descubridor independiente de la misma invención, mientras que el derecho de autor ofrece derechos contra la copia, pero no prohíbe la creación independiente de la misma obra. A pesar de importantes diferencias como éstas, los derechos de propiedad intelectual comparten un carácter fundamental: son derechos en objetos abstractos [inmaterialidad de las expresiones creativas]”. Peter Drahos, *A Philosophy Of Intellectual Property*, (New York: Routledge, 2016), 6.

lo tanto, la libertad humana depende, hasta cierto punto, de la capacidad de relacionarse con un objeto de esta manera, de controlarlo y moldearlo con el tiempo. En tanto, para algunos objetos, esto puede lograrse mediante un agarre físico persistente, pero esto es obviamente una estrategia limitada, puesto que algunos objetos son demasiado grandes, difíciles de entender, y así sucesivamente. Generalmente, un tipo más robusto de posesión más allá de la comprensión física sería más eficaz en promover la libertad de trabajar en una obra [como objeto de apropiación] a través del tiempo. Sin dudas este concepto más amplio de la posesión es crucial para la libertad humana⁷⁹.

Y es que reformular la autoría en términos de derechos kantianos hace más que reequilibrar el campo a nivel conceptual. La preocupación por la autonomía, quizá el ejemplo más importante, va más allá de colocar los derechos de los creadores en la cima de la jerarquía jurídica. También significa una preocupación completamente práctica con las condiciones de trabajo y las perspectivas económicas de los profesionales creativos⁸⁰.

Pero hay que aclararlo desde el principio: la autonomía trata de algo más que localizar adecuadamente un conjunto de derechos legales en el ápice de una pirámide conceptual. Para ser significativo, debe tener algún valor en efectivo, por así decirlo. Debe traducirse en poner unos cuantos dólares en el bolsillo. La gente creativa rara vez es libre de crear, y no puede dar forma eficaz a su destino, si no pueden controlar y tener una pequeña perspectiva de ser pagado por su trabajo creativo. La autonomía, debe recordarse, significa, "auto-gobierno", la capacidad de dirigirse a sí mismo de acuerdo a su creatividad. La propiedad confiere control y perspectiva de compensación –las dos dimensiones prácticas de la noción kantiana abstracta de autonomía–⁸¹.

Los estudiosos de la disciplina autoral han visto durante mucho tiempo las deslealtades de los editores impulsadas por el mercado como un obstáculo para la autonomía expresiva de los autores. De hecho, nos cuenta Merges que el propio Kant insistió en pleno siglo XVIII en que para que el discurso de un autor constituya un ejercicio autónomo de su libre albedrío, el editor debe actuar únicamente como agente del

⁷⁹ Robert P. Merges, 17.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ *Ibíd.*

autor y por lo tanto no puede obtener la titularidad de la obra del autor⁸². Ciertamente, el derecho de los autores a afirmar un control continuo sobre sus obras, y por lo tanto desarrollar sus voces autorales distintivas, es totalmente coherente con temas más amplios del sistema filosófico de Kant, para quien la libertad es el principio unificador de sus concepciones sobre creatividad, posesión y propiedad⁸³. Así las cosas, examinando algunas de las declaraciones sobre estos temas a la luz del principio de libertad, podemos entender mejor cómo deberíamos aplicar a la filosofía kantiana al cuerpo del Derecho de Autor. Pues, veamos.

Consideraremos la creatividad primero. Algún autor dijo que el arte debe ser definido como un acto de la voluntad: "por derecho no deberíamos llamar arte excepto una producción a través de la libertad, es decir, a través de un poder de elección que basa sus actos en la razón"⁸⁴. Y es que, así como la voluntad individual se expresa en los actos creativos, también es central en las ideas que proponemos sobre la libertad. En particular, buscando preservar la mayor libertad posible de acción individual, creyendo que esto permite la máxima posibilidad de desarrollo humano. Como bien nos expresa el mismo autor, "un objeto de mi voluntad es algo que tengo el poder físico para usar"⁸⁵. En definitiva, el sujeto-creador expresa la libre autonomía de su voluntad individual, como un impulso de la autorrealización personal.

Este modelo ha encontrado resonancia en varias voces. Como Martin Redish, quien entiende que "el concepto de autorrealización incluye un valor instrumental que protege «el desarrollo de los poderes y habilidades del individuo» para realizar todo su potencial, así como un valor intrínseco que garantiza el control individual sobre su destino"⁸⁶. También como afirma Roberta Rosenthal Kwall, junto a Edwin Baker: "Las elecciones de la gente, su definición y desarrollo de sí mismos deben ser respetadas, de lo

⁸² Neil Weinstock Natanel, 52-53.

⁸³ Robert P. Merges, 78.

⁸⁴ *Ibíd.*, 79.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Martín H. Redish, "The Value of Free Speech", *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 593.

contrario se convierten en simples objetos de manipulación o medios para realizar los ideales o deseos de otra persona"⁸⁷.

Indefectiblemente, esta concepción expansiva de lo que podría ser propiedad da a la voluntad humana el más amplio lienzo posible sobre el cual operar. Y dado que, conforme este enfoque distinto al hegemónico utilitarista, la creatividad siempre implica un acto de voluntad, ideas que despliegan sus adeptos sobre la reivindicación de los objetos abren el camino a la propiedad de una gama muy amplia de productos creativos⁸⁸. Entre estos, sin dudas, los intangibles –manifestaciones del espíritu–.

Y es que todo autor crea para expresarse, y el acto de expresión tiene la naturaleza de acto comunicacional. En ese sentido, algún autor nos cuenta lo siguiente:

Todo objeto cultural expresa algo y, por ende, permite comunicar algo. Empero, las obras constituyen un *lenguaje* (en sentido amplio). «[...] el lenguaje expresa el pensar, y no todo pensar se estructura con reglas lógicas o gramaticales...», así «el lenguaje rebasa la forma propiamente verbal... hay lenguajes aparte del lenguaje...»⁸⁹.

Cabe destacar que la libertad incluye, pero por supuesto que no se limita a, la capacidad de apropiarse. También incluye la oportunidad de asociarse con otros, expresarse y moverse y actuar en todo tipo de maneras. Una apropiación que interfiriera con estos intereses más amplios afectaría el principio de libre autonomía y realización personal que hemos esbozando desde líneas arriba.

Partiendo de lo anterior, puede afirmarse, como nos explica Julio Raffo, que el autor se constituye existencialmente como tal mediante su obra, que siempre es un fenómeno comunicacional dirigido a un público actual o potencial –que también puede estar dirigida a un destinatario muy especial: el propio autor; como repliegue silencioso en su «*mismidad*»–, y todo público se constituye en cuanto tal en relación a la obra de un

⁸⁷ Roberta Rosenthal Kwall, *The Soul of Creativity: Forging a Moral Rights Law for the United States* (California: Stanford University Press, 2010), 62.

⁸⁸ Robert P. Merges, 80.

⁸⁹ Julio Raffo, 62-63. [Énfasis del autor].

autor; es decir, la obra es ese fenómeno que integra como tercera dimensión necesaria, la relación autor-público⁹⁰.

Sea como fuere, se debe reflexionar en el proceso creativo como reflejo de la concepción kantiana de esa voluntad manifestada, señalando que la creación es un hacer de un *existente*. O sea de un «yo» actuante que está arrojado en el mundo y en el cual actúa y hace en función de decisiones cuyo origen existencial no podemos encontrarlos en meras «ideas»; pues, el objeto abstracto que le dota de dimensión ontológica es producto de una decisión existencial –de su voluntad– que no puede reducirse a ser una idea⁹¹.

Pero todavía más. El mismo autor nos sigue explicando lo siguiente:

El acto de creación de la obra se inicia con la vivencia emocional de un sentido a ser expresado, sea éste el dolor de amor, la belleza de alguien, la aventura del mosquetero, la alegría del vivir o cualquier otra emoción de esa u otra naturaleza. Esa vivencia es tomada por la decisión de crear una obra que opta por un tipo, un género, un estilo y determinado tipo de substrato material a trabajar... El proceso de creación de una obra conduce así del sentido espiritual *vivenciado* a la construcción material del soporte que ha de expresarlo⁹².

Al calor de todo lo anterior, otro autor nos aclara esto:

El vínculo necesario entre sujeto y creación constituye el complemento a la naturaleza de uno y otro; ambos, sujeto-creador y objeto-creación, configuran la parte medular del derecho de autor, y ello ocurre en dos sentidos, uno respecto de la persona del creador para con su creación, por cuanto hace uso a su legítimo reconocimiento como único autor-creador de su obra (prerrogativas que se refieren al ámbito personal, denominadas derechos morales), y el otro, respecto de aquellos aspectos que apuntan más a cuestiones de carácter pecuniario, de aprovechamiento y explotación con base en tal reconocimiento de creación (derechos patrimoniales o de explotación)⁹³.

Retomando el planteamiento kantiano propuesto por Robert P. Merges de que «un objeto de mi voluntad es algo que tengo el poder físico para usar», cabe destacar que en el devenir del tiempo esto ha adquirido matices diversos. Así, el preeminente jurista inglés del siglo XVIII, Sir William Blackstone, describió la propiedad como el "dominio

⁹⁰ Julio Raffo, 64-65.

⁹¹ *Ibíd.*, 65.

⁹² *Ibíd.*, 35.

⁹³ Arturo Ancona García-López, *El derecho de autor en la obra audiovisual* (México: Porrúa, 2012), 55.

único y despótico de un individuo... sobre las cosas externas del mundo, en total exclusión del derecho de cualquier otro individuo en el universo". En realidad, los derechos de propiedad vienen en formas y tamaños variados y están sujetos a limitaciones cargadas de políticas. No obstante, la formulación hiperbólica de Blackstone, "individual como soberana", resuena dentro del ethos libertario de la cultura del Copyright que, a no dudar, ha influido fuertemente en nuestra forma de pensar la "propiedad"⁹⁴. Obviamente, los utilitaristas se han constituido en heraldos de esta lectura de la concepción kantiana a través del lente distorsionador de Blackstone. Las repercusiones las conocemos. Volvamos al postulado primario.

A pesar de los amplios términos que se emplean, los proponentes iniciales que este enfoque no eran absolutistas cuando se trata de propiedad y posesión. Nos cuenta el mismo Merges que aquellos estaban tan preocupados por la libertad de los demás -con los terceros no directamente involucrados en una posesión específica- como lo estaban con la libertad de realizar adquisiciones originales⁹⁵.

El punto no es que nadie debería ser capaz de poseer y reclamar nada; lejos de ahí. Como lo dispone el Principio Universal de Derecho que propuso la doctrina kantiana, «mis derechos de propiedad sólo son válidos en la medida en que toman en cuenta la libertad de todos los demás también». El autor referido se preocupa en este pasaje por el estatus relativo de personas y objetos. “No hay ninguna clase de objetos”, dice, “que debería estar fuera de los límites cuando se trata de la libertad humana”. Ningún objeto – no cosa "en sí misma" tal como lo expresa– puede presentar una reivindicación que triunfe sobre el valor de la libertad humana⁹⁶. Y es que, en la autorrealización individual, inevitablemente, se surcan los espacios para la autorrealización de los demás, esto es, sin pretenderlo, hay una mirada en el otro, una *otredad*⁹⁷ que, a decir del poeta universal Octavio Paz, hace que el sujeto sea otro y él mismo.

⁹⁴ Neil Weinstock Natanel, 7.

⁹⁵ Robert P. Merges, 80.

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ Octavio Paz, *El arco y la lira. El poema, la revelación poética, poesía e historia*, 4^o edición (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010), 176.

Para esclarecer esto, podemos parafrasear la declaración ofrecida en el párrafo precedente: «lo que yo pueda traer bajo mi control, y tener la capacidad de hacer uso de, puedo poseerlo». Nos agrega el mismo autor más adelante:

El propósito del tipo de posesión más extendido o complejo es facilitar un uso adicional de los objetos involucrados. Aquí hay mucho más [implicado] que maximizar la libertad de agarrar o la libertad de recoger, por su propio bien. Adquirir posesión no suele ser el final de los planes o metas de una persona con respecto a los objetos. Los objetos tienen un propósito y un uso, que son centrales a la razón del poseedor para apropiarlos en el primer lugar⁹⁸.

De manera más concreta, para que la posesión realmente promueva la voluntad humana debe ser lo suficientemente expansiva para abarcar el plan, propósito o meta del poseedor. Aún más, se puede decir que el interés del autor en su obra debe extenderse para incluir un derecho más expansivo a alienar. Incluso esto incluye el derecho de intentar ganar algo de dinero vendiéndolo. Una sólida comprensión del papel de la voluntad y la autonomía kantianas debe incluir no sólo un derecho general a alienar la obra-creación, sino más particularmente el derecho a alienarla al precio que fije. Es decir, “la plena realización del interés de su autonomía en la obra-creación incluye el derecho a ganarse la vida de su proceso creativo, pero mucho más allá. Incluye el deseo de desarrollar su talento, ganar una reputación como artista y, en última instancia, ganarse la vida como artista. Cualquier concepción de la propiedad que no se extienda hasta aquí es, por tanto, deficiente. No refleja plenamente y ni fomenta un sentido expansivo de la autonomía del creador”⁹⁹.

En definitiva, más allá de la amplia dimensión que la concepción kantiana propuesta por Merges le confiere a la propiedad, hay que señalar que esta permite, a su vez, la construcción de la comunidad. Tomando en cuenta a otros (a los apropiadores de seguimiento [que le sucederán en la apropiación, quienes se inspiran del efecto de sus objetos-creación; incluso quienes derivan otros objetos-creaciones]) desde el principio, desde el momento de la primera apropiación, un apropiador no está actuando estrictamente de una manera con respecto a sí mismo. Sin lugar a dudas, “las necesidades

⁹⁸ Robert P. Merges, 80.

⁹⁹ *Ibíd.*, 81.

y las demandas futuras de otros cuentan en la ecuación tanto como las propias necesidades del apropiador”¹⁰⁰.

Cabe destacar para concluir este apartado que los escritos de Kant, y tiempo después los de Hegel, sobre la autoría sirvieron como fundamento teórico de la doctrina continental de los derechos morales, que otorgan a los autores el derecho personal inalienable para reclamar el crédito de autoría y evitar distorsiones de su obra, incluso a manos de personas que detentan los derechos patrimoniales sobre su obra¹⁰¹. Esto es fundamental, pues, como nos advierten dos autores:

La ausencia de una doctrina de derecho moral alienta a los tribunales a considerar el derecho de autor en términos de interés económico solamente, lo que significa que las decisiones judiciales en los casos de derecho de autor tienden a volcarse principalmente, si no totalmente, a consideraciones económicas. Y aunque los derechos de autor implican claramente consideraciones de un momento más amplio que la ganancia económica¹⁰².

Hoy en día es constatable, como nos dice Madhavi Sunder, que “la propiedad intelectual cada vez más demuestra una reclamación en valores plurales, de la participación a la libertad, la igualdad, el reconocimiento mutuo, un trabajo significativo, y el desarrollo. El enfoque del Derecho de Autor como incentivo para la producción creativa no tiene en cuenta la amplia gama de valores en juego en la producción intelectual global de hoy”¹⁰³.

En definitiva, todo lo que prosigue tomará como base esta concepción del acto creador, detonante de toda la fuerza tuitiva que despliega la ley autoral. Dicho esto, pasemos, sin más, a estudiar con detenimiento la transformación, acto creativo en sí sobre una creación preexistente. De esto es de lo que se tratará en lo que sigue.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 91.

¹⁰¹ Neil Weinstock Natanel, 53.

¹⁰² L. Ray Patterson, and Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights* (Athens: The University of Georgia Press, 1991), 172.

¹⁰³ Madhavi Sunder, 43-44.

1.2.2 Rasgos característicos del derecho de transformación

Los derechos patrimoniales conforman junto con los derechos morales las dos facetas del derecho de autor. Sin embargo, como bien nos recuerda el profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, no existe una desvinculación entre ambos aspectos, sino una importante conexión entre los mismos¹⁰⁴. Y, precisamente, el extracto final en que mejor se avizora la interrelación de lo moral con lo patrimonial en la doctrina del derecho de autor¹⁰⁵ es en el caso del derecho de transformación (art. 19, incisos 2, 3 y 4 LDA) y el derecho moral de integridad de la obra (art. 17.2 LDA). Y esto es importante tenerlo en cuenta ya que la naturaleza moral o personal de los derechos de autor repercute en un tratamiento especial de los derechos patrimoniales –por ejemplo, en las modalidades de cesión, e incluso en la duración del derecho–.

Dentro ya del campo de los derechos patrimoniales, estos deben ser considerados como un conjunto; como todas las posibilidades de explotación o disfrute económico derivadas de la explotación de la obra. En efecto, tal como dispone el art. 19 LDA, los derechos patrimoniales cubren cualquier utilización. Y todo lo anterior lo advertimos ya que, efectivamente, la transformación se trata de un derecho patrimonial que se atribuye al autor por el mero hecho de la creación de la obra, lo que supone, en su vertiente negativa, que el autor puede impedir su ejercicio por parte de terceros (salvo en los casos previstos en la Ley) y, en su vertiente positiva, que puede disponer del mismo como desee, siendo lo normal que autorice a terceros para la explotación de su obra de acuerdo con las condiciones pactadas¹⁰⁶.

Al calor de lo anterior, cabe destacar que mientras algunas de las características del derecho de transformación son comunes al resto de derechos patrimoniales, otras son específicas¹⁰⁷. Entre todas ellas destacan la patrimonialidad, exclusividad, temporalidad, aplicabilidad total o parcial, independencia y contenido limitado de este derecho. Veamos, pues, aún sea *grosso modo*, en qué consiste cada una de estas características.

¹⁰⁴ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Propiedad Intelectual*, 6ª edición (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 81.

¹⁰⁵ Edynson Alarcón, *Manual de Derecho de Autor Dominicano* (Santo Domingo: Gaceta Judicial, 2009), 92.

¹⁰⁶ Llanos Cabedo Serna, «Comentario al artículo 12», 1066.

¹⁰⁷ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual* (Madrid: Dykinson, 2008), 64.

En relación con su patrimonialidad, el derecho de transformación es un derecho patrimonial que corresponde al autor y a través de él puede obtener una retribución económica. A no dudar, existe un importante componente *intuitu personae* en la selección de las personas que podrán transformar la obra. Por esta misma razón se trata de un derecho que es transmisible *inter vivos* –cuando el autor cede a un tercero la posibilidad de transformar su obra, que en nuestro ordenamiento necesariamente debe realizarse por escrito [art. 79 LDA]¹⁰⁸– o bien *mortis causa*. Sobre esto último, en puridad, el propio derecho de transformación no puede ser objeto de embargo, pero sí podrán serlo sus frutos. La doctrina comparada ha entendido que la razón de esta limitación solo puede explicarse por la peculiar conexión que existe entre las facultades patrimoniales con las de carácter moral, que hace que el autor sea el único que en última instancia pueda decidir la titularidad de los derechos sobre su obra¹⁰⁹.

Por su parte, se trata de un derecho exclusivo puesto que el derecho se confiere a su titular por el simple hecho de la creación de la obra. Solamente el autor puede fijar y determinar las condiciones de explotación de su obra. Es también un derecho fundamental ya que confiere a su titular una posición de señorío sobre la obra frente a todos (*erga omnes*). En este sentido, la exclusividad de este derecho se deduce del art. 19 LDA que atribuye al autor, por un lado, el derecho a gozar y utilizar su obra como estime conveniente –lo cual incluye, obviamente, transformarla y modificarla– y, por otro lado, a impedir la explotación –transformación o modificación–de su obra por terceras personas que no tengan su autorización. Por consiguiente, surge para los demás el deber de abstenerse a realizar cualquier conducta que pueda perturbar este señorío¹¹⁰.

Con todo, el carácter exclusivo y esencial del derecho de transformación no lo convierte en un derecho ilimitado, pues, efectivamente, existen unos límites relacionados con su duración y contenido. Así, no hay que olvidar la existencia de un límite temporal como para el resto de derechos patrimoniales (art. 21 LDA), que establecen que los

¹⁰⁸ El mismo artículo 79 LDA establece que si bien es posible autorizarlos a cualquier título, salvo prueba en contrario, se los presumirá cedidos de manera no exclusiva y a título oneroso.

¹⁰⁹ Juana Marco Molina, “Comentario al artículo 11”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 3º edición (Madrid: Tecnos, 2007), 866.

¹¹⁰ Begoña Ribera Blanes, *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual* (Madrid: Dykinson, 2002), 202.

derechos de explotación de una obra duran la vida del autor y setenta años después de que se produzca su muerte. Transcurridos esos plazos, la obra pasa al dominio público y a partir de ese momento podrá ser utilizada –o transformada– por cualquier persona (art. 148 LDA), siempre que se respete la autoría e integridad de la obra, en los términos previstos en el art. 17, incisos 1 y 2 LDA.

En cuanto al otro límite concerniente al contenido, solo cabe destacar que está recogido en el propio art. 19 LDA ya que, como inferimos líneas arriba, para llevar a cabo la transformación se necesita, inequívocamente, la autorización del autor.

En lo relativo a su aplicabilidad a toda la obra y a cada una de sus partes, aunque en la Ley solo se hace referencia en la definición del derecho de reproducción (art. 16.28 LDA) señalando que recae sobre toda la obra, en su unidad total o entera, y sobre cada una de sus partes, López Sánchez entiende que esta característica debe hacerse extensiva a la transformación de una obra¹¹¹.

Por demás, es oportuno señalar aquí, que si bien es una característica común a los demás derechos patrimoniales, aunque nuestra ley no lo señale de manera clara, pero el derecho patrimonial de transformación es renunciable. Ciertamente, el titular del derecho de transformación podrá renunciar a este concreto derecho y a los demás derechos de explotación que recaigan sobre una obra determinada, siempre que, como nos advierte Patricia Mariscal, no se contraríen el interés o el orden público ni se perjudique a un tercero¹¹². En todo caso, la renuncia deberá ser clara y explícita, sin que quepa deducirla de expresiones de dudoso significado o de actos que no sean concluyentes ni inequívocos, y habrá de hacerse respecto de aquellos derechos generados por cada obra en concreto, sin que pueda admitirse la posibilidad de una renuncia preventiva de carácter global al derecho de transformación sobre el conjunto de obras que puedan ser creadas en el futuro, por constituir una traba a la libertad de creación contraria al espíritu de nuestra ley, puesto que nuestra normativa autoral censura plenamente operaciones de este tipo (art. 84.1 LDA).

¹¹¹ Cristina López Sánchez, 65.

¹¹² Patricia Mariscal, 54.

Por último, cabe destacar que se trata de un derecho independiente y esta característica puede analizarse desde dos perspectivas distintas¹¹³: en relación, no solo del resto de facultades patrimoniales, sino también, con los diferentes actos o modalidades de transformación, o en relación con los derechos del propietario del soporte material. En primer término, conforme establece el art. 80 LDA las distintas modalidades de explotación son independientes entre sí. Y esa independencia ha de ser observada desde una perspectiva funcional, pues, resulta fundamental reconocer la independencia de los derechos de explotación cuando la obra es utilizada por terceros con el consentimiento del autor, de modo que el autor pueda obtener un beneficio económico de cada una de las facultades cedidas a los terceros. Ciertamente, esta autonomía funcional tiene especial trascendencia en la transmisión de los derechos de explotación en vida del autor (art. 77).

Y es que desde esta perspectiva, la cesión de una de las modalidades transformativas no puede conllevar la presunción de que se hayan cedido las demás, aunque se integren dentro de la misma categoría. Así, por ejemplo, la cesión de los derechos de traducción sobre una novela no acarrea, en modo alguno, la cesión de cualquier otra modalidad transformadora de la obra, como pueda ser, por ejemplo, su adaptación al cine. De igual forma, es válido ceder a un tercero el derecho de traducción de la obra al alemán y a otro sujeto la traducción en cualquier otro idioma. Por tales motivos, al momento de realizar la cesión debe especificarse claramente la forma de explotación y el cesionario tendrá que ceñirse a lo que el autor hubiera dispuesto.

Por demás, como se infirió hace un momento, el derecho de transformación también es independiente del derecho de propiedad de un tercero sobre el soporte material de la obra (art. 3 LDA). En este sentido, el principio de la independencia del soporte material respecto a los derechos patrimoniales del autor debe aplicarse estrictamente a todas las transmisiones de propiedad, ya sean a título oneroso o gratuito, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*. Empero, el problema fundamental sobre este aspecto radica en determinar de qué manera va a poder el autor ejercer sus prerrogativas sobre el bien cuando se ha enajenado la propiedad material. Como nos advierte Ribera Blanes, por

¹¹³ Cristina López Sánchez, 65.

un lado, debe respetarse el derecho de propiedad del adquiriente, puesto que este tiene la facultad de ejercitar sobre el bien todas las prerrogativas habituales de disfrute y disposición que conforman el contenido de derecho de propiedad en el sentido del art. 544 del CCD. Sin embargo, por otro lado, el propietario de la obra está obligado a facilitar el ejercicio de los derechos de explotación cuya titularidad sigue correspondiendo al autor¹¹⁴. Más adelante nos detendremos un poco en esta cuestión.

Vistas todas las características definitorias del derecho patrimonial de transformación, solo nos queda acotar, junto al profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, que el contenido del derecho de autor sobre la obra derivada es igual al de la obra originaria, tanto en sus facultades económicas como en las morales¹¹⁵. De igual forma, se impone aclarar que una de las principales peculiaridades del derecho de transformación y que lo diferencia del resto de derechos atribuidos al creador de una obra es el hecho de que constituye una actividad creativa, cuyo resultado, si reúne la suficiente originalidad en el sentido exigido por la ley, será protegido por el derecho de autor como obra. Y, precisamente por ello, la obra derivada de la transformación atribuye a su creador –el autor de la transformación– todos los derechos de explotación previstos por la ley para los autores: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación¹¹⁶. No obstante, el ejercicio de tales derechos de explotación sobre la obra derivada no tiene un carácter absoluto y, como advierte el propio art. 6 LDA, halla su límite con respecto a los derechos del autor de la obra preexistente y en las concretas disposiciones que se hubieren estipulado en la cesión.

Todavía más, para remarcar. Francisco Rivero Hernández alude a la diferencia lógica y jurídica entre las facultades del autor (reproducción, distribución o circulación, comunicación pública) y esta de transformación de la obra, atendiendo a que si las primeras se refieren a la obra ya existente, y de ahí que tengan un carácter actual (sentido positivo, o negativo), en cambio, esta última mira a la obra tal como resultará de la transformación, lo que le da una perspectiva virtual y de futuro. Ello puede explicar que

¹¹⁴ Begoña Ribera Blanes, 211 y ss.

¹¹⁵ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Propiedad Intelectual*, 72.

¹¹⁶ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu* (Madrid: Reus, 2014), 194.

algunas leyes condicionen en cierta forma este acto y derecho¹¹⁷. Estas ideas sugieren el doble carácter y vertiente de la transformación: es, por un lado, una facultad del autor de la obra originaria y acto de explotación para él (o su causahabiente); pero es, al propio tiempo, una actividad de otra persona, de la que deriva una obra distinta de aquella y también protegida¹¹⁸.

Realizando un brevísimo periplo por nuestro entorno comparado, podemos verificar que muchos países regulan el derecho de transformación en términos similares a los nuestros¹¹⁹. Tan solo por citar algunos ejemplos, la ley italiana de derecho de autor regula el *diritto esclusivo di elaborare*¹²⁰ junto con el resto de derechos de contenido económico, también como facultad independiente y autónoma, y establece para él una duración de 70 años.

La *Copyright Act* norteamericana¹²¹ se refiere al derecho de transformación de forma expresa en su § 106 (2) como el derecho de los titulares de derechos de autor sobre obras protegidas a autorizar la elaboración de trabajos derivados (*derivatives works*) que estén basados en tales obras, e igualmente establece para él un plazo de duración de 70 años *post mortem*. Por su parte, la Ley alemana de derecho de autor¹²² en su § 23, exige el consentimiento del autor de la obra originaria para la publicación y explotación de las obras derivadas de aquella.

Otros sistemas se alejan más de la forma en que nuestro legislador ha regulado la materia. Así, por ejemplo, el ordenamiento francés¹²³ no reconoce de forma expresa un derecho de transformación, si bien no puede decirse que no contemple su protección puesto que hace alusión a las obras derivadas. Por otro lado la Ley inglesa es bastante peculiar en su redacción; pues, en vez de enumerar los derechos exclusivos de los autores, la *Copyright, Designs and Patents Act* de 15 de noviembre de 1988 se limita a

¹¹⁷ Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 11», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Coordinador), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 379.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ Ver en Patricia Mariscal, 57-60.

¹²⁰ *Legge di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*, de 22 de abril de 1941.

¹²¹ *Copyright Act of USA*, de 19 de octubre de 1976.

¹²² *Urheberrechtsgesetz*, de 9 de septiembre de 1965 (en adelante *UrhG*).

¹²³ *Code de la Propriété intellectuelle* de 1 de julio de 1992.

señalar los actos constitutivos de infracción por parte de terceros en relación con el trabajo protegido. Sin embargo, este accionar está limitado en dos sentidos: solo se considerará infracción la adaptación que haya quedado registrada, grabada o documentada por cualquier medio y en segundo lugar, porque la prohibición de adaptar está limitada a las obras teatrales (*dramatic works*), a las literarias y musicales, siendo por tanto libre la adaptación de cualquier otro tipo de obra como pueden ser las de carácter cinematográfico o las artísticas.

Empero, Reino Unido no es el único país que restringe el derecho de adaptación a un número limitado de obras; también la *Copyright Act* australiana de 1968 y la *Copyright Act* canadiense de 1985 optan por este tipo de regulación. Aunque, cabe destacar, que en dichas legislaciones el concepto de adaptación no solo está limitado a determinadas obras, sino que únicamente puede consistir en una lista cerrada de actividades, y esto en franca colisión con lo dispuesto en el Convenio de Berna que sugiere el listado abierto de actividades transformativas.

En definitiva, a pesar de los distintos matices que pueda tener el derecho patrimonial de transformación en cada país de la unión bernés, lo cierto es que, como nos aclara el honorable magistrado Alarcón, podemos asumir la transformación como todo cuanto suponga una modificación estructural o de contenido de la obra, y hasta una mera alteración en el contexto para el que en principio fue concebida, capaz de hacer surgir otra creación intelectual con méritos propios. Aunque, no todo está tan claro como parece de entrada, ya que el mismo autor nos advierte, junto con Juana Marco Molina, que el derecho patrimonial de transformación plantea, básicamente, tres problemas¹²⁴: a) constatar si realmente ha habido utilización de una obra anterior para la obtención de otra; b) comprobar si la nueva es lo suficientemente original como para merecer ser objeto de protección; y c) la forma en que incide, más que ningún otro derecho de explotación, en los dominios del derecho moral, específicamente en lo que tiene que ver con la integridad y la reivindicación de la paternidad.

¹²⁴ Edynson Alarcón, 93.

Una vez señalados los rasgos distintivos del derecho patrimonial de transformación y las complejidades que supone, resulta menester ocuparnos de la naturaleza de este derecho que no puede comenzar a estudiarse de otro modo que a través de su objeto y contenido. Así las cosas, hemos de desbrozar todas las dificultades que nos sugiere este derecho, pero desde el prisma de su concepción primaria. En lo que sigue de eso se tratará.

1.2.3 Concepto y objeto de la transformación

El derecho de transformación es, quizá, el más complejo de los derechos patrimoniales de autor. Parte de la complejidad estriba en que en el acto de transformación están implicados dos derechos diferentes que, por regla general, recaen sobre dos sujetos distintos. La transformación de una obra implica siempre la creación de una nueva que lleva aparejados nuevos derechos de autor pertenecientes al sujeto transformador, y cuyo régimen es independiente, hasta cierto punto, del de aquellos generados por la obra originaria. Esto se puede inferir atendiendo a que la explotación de la obra derivada conlleva en alguna medida la explotación de la obra de la que procede. Puede hablarse, por tanto, de dos derechos¹²⁵: el derecho de transformación del autor de la obra originaria y el derecho del transformador sobre la obra derivada. Pero todavía más. La complejidad es tal que el ejercicio del derecho de transformación, ya sea por el propio autor, ya sea por un tercero, genera, por el mismo hecho de la creación, los mismos derechos sobre la obra nueva que pudiera tener cualquier obra independiente. Y he aquí la diferencia con el resto de derechos patrimoniales exclusivos, cuyo ejercicio no implica actividad creativa ni, por tanto, nacimiento de nuevos derechos.¹²⁶

Adicionalmente a lo anterior, es oportuno destacar que no resulta nada fácil elaborar un concepto general de transformación, pues en él quedan comprendidas una amplia gama de actividades creativas con valor en sí mismas, tales como una traducción, un compendio, una colección antológica o la actualización de una obra, por citar solo algunos ejemplos.

¹²⁵ Patricia Mariscal, 61.

¹²⁶ *Ibíd.*

El asunto dista mucho de tener una aclaración sencilla, puesto que nuestra normativa le da un tratamiento muy escaso. Además de que la composición de sus preceptos los torna un tanto confusos a la hora de interpretarlos. Y es que únicamente nos presenta algunas de las manifestaciones del acto transformativo, sin definir ni por asomo en qué consiste el mismo. En efecto, nuestra ley 65-00 solo contiene una enumeración – en dos artículos diferentes– de las modalidades o supuestos más significativos que quedan comprendidos. En concreto, el art. 6 LDA contiene una enumeración ejemplificativa de obras derivadas (lo que serían el objeto del derecho de transformación) y, junto a este artículo, el art. 19, incisos 2, 3 y 4, LDA se refiere al derecho patrimonial de transformación –el contenido del derecho de autor– (que engloba algunas de las posibilidades creativas, tales como traducción, modificación e inclusión de una obra primigenia en otra nueva), por lo que desde dos ópticas diferentes, se efectúa el tratamiento de este derecho patrimonial. Junto a estos dos artículos, se pueden encontrar otras referencias más específicas del derecho de transformación, que atienden a la naturaleza de las obras, así el art. 66.3 (obras audiovisuales) y artículos 73, párrafo y art. 74.3 (programas de computadoras).

Lo vidrioso de la cuestión que nos atañe puede advertirse si acudimos al artículo 16.16 LDA que nos define la obra derivada,¹²⁷ que no es sino la proyección futura, la realización del derecho de transformación, como: “aquella que resulta de la adaptación, traducción, arreglo u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación independiente”. Lo primero a destacar es que la fraseología de esta norma es un tanto intrincada para resolver los problemas que derivan de la naturaleza creativa de estas obras, en lo concerniente a la doble perspectiva ya señalada del derecho de transformación –creador originario y transformador–.

Patricia Mariscal nos recuerda que la transformación es, al fin y al cabo, una actividad intelectual creativa cuya protección por derecho de autor dependerá del grado

¹²⁷ Las obras derivadas, o compuestas o, más coloquialmente obras de segunda mano. Aunque también se han acuñado otras denominaciones como «obras equiparadas a originales» en Portugal, «elaboraciones de carácter creativo» en Italia y «adaptaciones» en Reino Unido.

de originalidad que se le atribuya¹²⁸, sin soslayar que son derivadas porque, precisamente, derivan de obras que ya existían de tal manera que algunos elementos de esas obras siguen presentes en ellas¹²⁹. De tal suerte, la definición de obra derivada que ofrece nuestra ley, además de vaga e imprecisa, está mal articulada cuando señala que será considerada como tal “... siempre que constituya una creación independiente”. En modo alguno. Debe ser original más no independiente. Hablar de independencia de una obra derivada es una aporía. Empero, se asume que lo que verdaderamente exige es que sea original.

Y siendo la obra derivada una obra transformada, lo importante a destacar de la definición anterior es que la adaptación, la traducción y los arreglos son actos de transformación, toda vez que los comprende en la cláusula de cierre «u otra transformación de una obra originaria»¹³⁰.

Inclusive si partimos de la principal fuente normativa de nuestra legislación autoral, el Convenio de Berna, se puede verificar que utiliza términos similarmente escuetos para referirse a las obras derivadas en general (artículo 2), a las traducciones particularmente, (artículo 8) o bien a las adaptaciones, arreglos u otras transformaciones (artículo 12). Es por ello que habrá que acudir a otras fuentes para tratar de arrojar luz sobre ese intrincado concepto.

En ese sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), con el propósito de «facilitar la comprensión de los términos jurídicos que se utilizan con mayor frecuencia en las esferas del derecho de autor y los derechos conexos» elaboró en 1980 un Glosario¹³¹ con 265 términos entre los que se encuentra la transformación y que

¹²⁸ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 62.

¹²⁹ Mihály Ficsor, *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI* (Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI], 2003), 28.

¹³⁰ La legislación dominicana se suma a la mayoría de países adscritos a la tradición romano-germánica que han optado por esta solución abierta que permite que cualquier «transformación de una obra literaria, artística o científica» pueda calificarse de obra derivada. A nivel europeo pueden señalarse, entre otros, el artículo 11 de la LPI española, el artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor italiana, o el 3 del del *Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos* portugués. También en Sudamérica es común encontrarse con estas formulas generales [El artículo 5, apartados i) y w), de la ley chilena, el artículo 7.j) de la ley colombiana, o el artículo 10.c).II de la Ley de autor mejicana.

¹³¹ Glosario de derecho de autor y derechos conexos. Ginebra. 1980.

define de la siguiente manera: «transformación de una obra es la adaptación u otra transformación de una obra» (concepto n° 252)¹³².

Tal definición pone de relieve, de un lado, que la adaptación es una de las maneras en que se puede transformar una obra, que no la única, y que el acto de la transformación recae sobre una obra en el sentido previsto por el art. 2 LDA. No obstante, y revelando una cierta deficiencia sistemática, el propio Glosario define con mayor detalle la transformación cuando concreta el tipo de obra que constituye su objeto¹³³; e incluso al definir la propia adaptación a que se refería el concepto anterior, con el siguiente tenor:

–Transformación de una obra literaria o artística se entiende generalmente que significa cualquier modificación de una obra existente. Las alteraciones creativas dan lugar a una obra derivada; otros tipos de alteraciones pueden perseguir simplemente la necesidad de adaptar la obra a las condiciones especiales que exige una utilización particular, como por ejemplo, a las posibilidades de un teatro determinado en el caso de las obras dramáticas. Cualquier alteración de una obra está supeditada a la autorización del titular del derecho de autor (concepto n° 6)¹³⁴.

–La adaptación se entiende en general que es la modificación de una obra preexistente mediante la cual la obra pasa de un género a ser de otro género, como en el caso de las adaptaciones cinematográficas de novelas u obras musicales. La adaptación puede consistir asimismo en una variación de la obra sin que esta cambie de género, como en el caso de una nueva versión de una novela para una edición juvenil. La adaptación también supone alteración de la composición de la obra, a diferencia de la traducción, que transforma únicamente su forma de expresión. La adaptación de una obra protegida por legislación de derecho de autor está sujeta a la autorización del titular del derecho de autor sobre la obra (concepto n° 3)¹³⁵.

En efecto, como se puede ver, las definiciones anteriores se centran sobre el resultado de la transformación, y no en el parto creativo que forja dicha concreción. Solo en la definición de adaptación se nos ofrecen algunos detalles pero que no esclarecen la complejidad del acto transformador en sí. Por lo mismo, nos resulta más precisa y exacta la definición que ofrece la misma OMPI en el «Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos

¹³² *Ibíd.*, 258.

¹³³ Héctor Ayllón Santiago, 51.

¹³⁴ Glosario de derecho de autor y derechos conexos, 6.

¹³⁵ *Ibíd.*, 3.

Tradicional y las Expresiones Culturales Tradicionales»¹³⁶. Dicho documento, obviamente, en el contexto de las manifestaciones folclóricas que le atañe, nos ofrece la siguiente definición de adaptación:

Es el acto de transformar una obra ya existente (ya sea una obra protegida o una obra que forme parte del dominio público) o una expresión del folclore con una finalidad distinta de la que originalmente tuvo, de manera que dé origen a una nueva obra en la que los elementos de la obra preexistente y los nuevos, añadidos como resultado de la modificación, quedan fusionados.

Nos parece correcto que se inicie indicando que se trata de un acto. En consonancia con lo anterior, tal como explicamos de manera detallada en la sección precedente respecto a la fundamentación del Derecho de Autor, es que la creación debe concebirse desde el sujeto creador –transformador en este caso–, como una manifestación de su libre autonomía. Por tanto, la transformación es un acto creativo; *un hacer de un existente*. Nos parece que sería más claro y adecuado definir la actividad transformadora con todos sus elementos configuradores, y a partir de dicha definición delimitar sus consecuencias jurídicas.

Sea como fuere, cabe resaltar que nuestra ley no contiene una regulación orgánica y sistemática de esta cuestión sino normas o disposiciones dispersas a lo largo de su articulado y relacionadas entre sí para referirse a un mismo fenómeno. Así las cosas, si se pretende obtener una definición siquiera aproximativa de transformación, habrá de partirse de los ejemplos concretos propuestos por la norma que regula las obras derivadas, para analizar lo que de común puedan tener todas las obras en ella recogidas, obteniéndose así las características que, en principio, podrían predicarse de las obras derivadas en general.

En ese tenor cabe destacar que las obras derivadas tienen su propio estatuto en el art. 6 LDA, que reza como sigue:

¹³⁶ Elaborado por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el CIG”) de la OMPI, durante su Vigésima cuarta sesión celebrada en Ginebra del 22 a 26 de abril de 2013.

Están protegidas como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originarias y en cuanto constituyan una creación original:

- 1) Las traducciones, adaptaciones, arreglos y demás transformaciones originales realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización expresa del titular del derecho sobre la obra originaria;
- 2) Las colecciones de obras literarias o artísticas, tales como las enciclopedias y antologías, y otras de similar naturaleza, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales¹³⁷.

Nuevamente se incurre en el error de mencionar que las obras derivadas serán protegidas como obras independientes en cuanto constituyan una creación original. Nunca serán independientes puesto que se encuentran irremediamente atadas a una obra de la cual proceden. Solo basta que se verifique el requisito esencial de la originalidad. Sea como fuere, varios elementos se desprenden de este precepto que regula las obras derivadas. Sin soslayar que dentro de esta amplia gama de actividades podemos encontrar un elemento común a todas ellas: la aplicación de una actividad creativa sobre una obra preexistente que da lugar a una nueva obra diferente¹³⁸. Así las cosas, se infiere que la obra derivada a la que se refiere el art. 6 LDA es fruto de la transformación de una obra preexistente, pero ha de reunir los requisitos exigidos con carácter general para todas las obras por el art. 2 en su párrafo inicial. Lo importante a subrayar sobre todo es que ha de tratarse de una obra original¹³⁹. Así lo dice el precepto, aunque de manera enrevesada, al indicar que solo serán protegidas como independientes las derivadas que sean originales.

En nuestro entorno comparado, países como Francia, Reino Unido y España han adoptado la denominación de obras compuestas para designar una categoría de obras que suelen traslaparse con la derivada. Y es que, son rasgos definitorios de una obra compuesta, por un lado, desde el punto de vista objetivo, la incorporación de una o varias obras preexistentes en una obra nueva y, por otro, que exista independencia creativa entre los autores que realizan aportaciones a la misma¹⁴⁰. Empero, a decir de un sector de la

¹³⁷ Artículo 6, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, de 14 de marzo de 2001.

¹³⁸ Patricia Mariscal, 63.

¹³⁹ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 11”, 190.

¹⁴⁰ Ángel Luis Alonso Palma, 29.

doctrina, la incorporación de una obra en otra no es exactamente sinónimo de derivación o creación de una obra derivada¹⁴¹. Y esto así, atendiendo a la no colaboración del autor primigenio en esta nueva producción intelectual para que pueda calificarse como derivada; si colabora el autor de la obra incorporada entonces se trataría de una obra compuesta. De todas formas, el régimen jurídico de ambas categorías de obras es el mismo, así que otro sector de la doctrina rechaza esta distinción, al encontrarla fútil, y entiende que en todo caso hay derivación¹⁴².

En cambio, el caso dominicano está mucho más claro al respecto, ya que en nuestra ley 65-00 se consigna que la derivación es indisociable de la transformación, siendo aquella el resultado de esta. Así las cosas, con ese sentido es que debe interpretarse el art. 6 LDA que consagra el régimen de las obras derivadas. Por lo mismo, cuando el art. 6.2 LDA nos dice: «Las colecciones de obras literarias o artísticas... y otras de la misma naturaleza», sin duda alguna, engloba la inclusión de la obra primigenia en otra nueva, tal como dispone el art. 18.4 LDA: “la inclusión de la obra en producciones audiovisuales, en fonogramas o en cualquier otra clase de producción o de soporte material”. Por consiguiente, en la República Dominicana, la inclusión de la obra primigenia en otra nueva es una manifestación del derecho patrimonial de transformación. Aunque no se especifique, se entiende que pueden ser varias obras preexistentes que se incorporan a una nueva¹⁴³.

En cualquier caso, entendemos, junto a López Sánchez, que habrá que verificar si en cada caso concreto se puede hablar de obra derivada o de obras independientes y para ello habrá que valorar el peso que cada uno de los elementos que conforman la obra preexistente tiene en la obra derivada¹⁴⁴.

¹⁴¹ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 9”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 2º edición (Pamplona: Civitas, 2009), 144.

¹⁴² Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “Comentario al artículo 11”, 189-190.

¹⁴³ Joan Marsal Guillamet, *El sujeto del Derecho de Autor* en M^a Asunción Esteve Pardo (Coordinadora), *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 61.

¹⁴⁴ Cristina López Sánchez, 58.

En otro orden de ideas, señalando otros elementos que se pueden apreciar en el estatuto de las obras derivadas, para que se reconozca una obra derivada como protegida por del derecho de autor, es preciso que concurren, además de los elementos comunes a toda creación intelectual, determinados requisitos particulares¹⁴⁵. Uno principal o de fondo, destinado a reconocer el valor de creación intelectual de la transformación efectuada, otro secundario o formal, que se presenta cuando la modificación recae en una obra ajena protegida.

Respecto a los requisitos de fondo, en primer término, existe obra derivada protegible por el derecho de autor, si se han incorporado a ella elementos nuevos, que la convierten en una obra de características propias, aun cuando mantenga los rasgos sustanciales de la obra preexistente. Y es que la originalidad, en el caso de las obras derivadas, no se encuentra en los elementos de la obra preexistente, sino en la forma de expresión de la obra derivada. En definitiva, como bien nos explica Santiago Schuster Vergara, las modificaciones introducidas deben constituir una aportación intelectual autónoma e independiente de la obra de la cual se deriva¹⁴⁶.

En segundo lugar, el autor de segunda mano debe obtener el consentimiento del autor de la obra originaria. Esto así ya que la exigencia de contar con la anuencia del autor para introducir en la obra alguna modificación, no es más que el reconocimiento, a través de una obligación general de no hacer, del derecho moral del autor a oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de su obra. En efecto, una transformación aparentemente inocua puede ser perjudicial a la reputación de la obra o de su autor, y por tanto constituir una infracción al derecho moral¹⁴⁷.

Y más adelante nos agrega Santiago Schuster Vergara: “este requisito de forma marca la diferencia de la protección otorgada a la obra originaria respecto de la obra derivada. En efecto, sólo el autor de segunda mano debe dar cumplimiento a una

¹⁴⁵ Santiago Schuster Vergara, *Las obras derivadas y su problemática jurídica: Aspectos prácticos en el tratamiento de las obras derivadas en I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual: Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Tomo I (Madrid: Ministerio de Cultura, 28-31 octubre 1991), 551.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, 552.

¹⁴⁷ Cristina López Sánchez, 88.

exigencia de carácter formal para invocar la protección legal, que consiste en la autorización previa”¹⁴⁸. Y más adelante nos agrega el mismo autor:

La exigencia señalada no sólo es válida y aplicable a aquellas aportaciones creativas que constituyan a la obra resultante en una nueva creación intelectual protegida, sino que en virtud de la amplitud del derecho moral a la integridad de la obra, ella constituye un imperativo que se extiende, además, a toda variación o deformación que se introduzca a una obra protegida y ajena¹⁴⁹.

Finalmente, debe destacarse con especial interés que el art. 6 LDA, concerniente al estatuto de las obras derivadas, se refiere a dos tipos de derivación: la que se obtiene por reproducción con adiciones creativas (actualizaciones, anotaciones, compendios, extractos), y la que se obtiene por transformación de la obra originaria (traducciones, adaptaciones, revisiones, resúmenes, arreglos musicales y cualquiera transformaciones de una obra literaria artística y científica). En esencia, el parto creativo llevado a cabo bajo una u otra modalidad de derivación, constituyen las dos fases del proceso transformativo. En apartados posteriores trataremos ambas modalidades desde su inmensa complejidad y particularidad. Pero antes de ello resulta menester concretar la naturaleza del derecho de transformación, por ende, hay que delimitarlo frente a otros derechos con los cuales suele colisionar en razón de sus particularidades tan intrincadas. Pues, de esto es de lo que se tratará en lo que sigue.

¹⁴⁸ Santiago Schuster Vergara, Santiago, 553.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

CAPÍTULO II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN CON OTROS DERECHOS

Como habíamos dicho en un momento anterior, dentro del sistema continental europeo de Derecho de Autor quedan comprendidos los derechos morales y los derechos patrimoniales o de explotación, pues, ciertamente, el autor no solo tiene derecho al rendimiento económico que produzca su obra, sino también a ciertas facultades que se consideran inherentes a su propia persona, en este caso en su condición de autor.

Por ello, antes de iniciar el estudio del proceso transformativo y toda la amalgama de elementos que envuelve, conviene establecer sus límites sobre todo en relación con otras figuras que, al menos de entrada, podrían inducir a cierta confusión. En este sentido, resulta menester diferenciar el derecho o facultad de transformación de otros derechos recogidos en la Ley 65-00, esto es, lo deslindaremos del derecho de respeto a la integridad de la obra, el derecho de modificación, así como del derecho de reproducción.

2.1 Derecho del autor a la integridad de su obra

Establece el art. 17.2 LDA que:

El autor tendrá un derecho perpetuo sobre su obra, inalienable, imprescriptible e irrenunciable para: oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o causen perjuicio a su honor o a su reputación profesional, o la obra pierda mérito literario, académico o científico. El autor así afectado, podrá pedir reparación por el daño sufrido¹⁵⁰.

Lo primero que puede decirse del derecho de respeto a la integridad de la obra es que se trata, junto con el derecho de paternidad, del derecho moral por excelencia. El fundamento de este derecho se encuentra tanto en el respeto a la personalidad del creador como a la propia obra. De este modo, su finalidad es doble, pues mientras que por un lado el autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, por otro lado, la sociedad tiene derecho a recibir una obra intelectual en su auténtica expresión¹⁵¹. Pero todavía más. Los autores tienen un interés legítimo en presentar su obra al público en la formulación exacta, el contexto, y los medios que crean difundirán mejor su mensaje y sensibilidades estéticas. Un cierto derecho a divulgar las obras sin

¹⁵⁰ Artículo 17.2, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, de 14 de marzo de 2001.

¹⁵¹ Cristina López Sánchez, 34.

distorsión es fundamental para la autonomía individual y la autorrealización, y también podría expresar más la diversidad¹⁵².

Sea como fuere, la problemática que presenta el derecho moral de respeto a la integridad de la obra con relación al derecho de transformación viene motivada básicamente por la facilidad con que puede incurrirse en una vulneración del primero a propósito del ejercicio del derecho de transformación por parte de terceros, aún cuando estén legitimados para ello. Es por ello que se precisa determinar el alcance de cada una de las facultades a fin de evitar situaciones en las que se produzca un conflicto de derechos¹⁵³.

Y es que el derecho de transformación, como ya se ha mencionado, presenta imbricaciones con el derecho moral de integridad del autor originario (art. 14.1 LPI), de modo que, aun operando en diferentes esferas, ambos parecen tener pleno sentido una vez complementado por el otro¹⁵⁴. No obstante, como toda transformación en cierto modo siempre constituye una alteración de la obra original, carece de sentido interpretar que el cesionario del derecho de transformación está continuamente sometido al derecho de integridad del primer autor, si la obra resultante no es del gusto de este. De modo que excepto casos muy graves en que la transformación sea lesiva para la obra, ambos derechos tendrán que interpretarse de forma conjunta¹⁵⁵. Ya lo había dicho claramente algún autor, en el caso de la adaptación de una obra literaria como guion de obra cinematográfica, donde puede haber lugar a un particular desvío respecto de la obra originaria, “salvo que sea objetivamente lesiva para esta última o para sus legítimos intereses, el derecho moral de integridad deberá interpretarse de forma conjunta con el de paternidad (art. 17.1 LDA: que se vincule el autor con su obra), de forma que el público no perciba como deformada o alterada la obra originaria”¹⁵⁶.

¹⁵² Neil Weinstock Natanel, 49.

¹⁵³ Patricia Mariscal, 260.

¹⁵⁴ Antonio Francisco Galacho Abolafio, *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor* (Navarra: Aranzadi, 2014), 48.

¹⁵⁵ Antonio Fayos Gardó, *La Propiedad Intelectual en la era digital* (Madrid: Dykinson, 2016), 58-59.

¹⁵⁶ Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 11», 388-389.

Lo importante a resaltar de lo anterior es que el derecho de respeto a la integridad de la obra no tiene carácter absoluto. No cualquier modificación que tenga la consideración de mutilación, deformación o alteración supone un atentado contra el derecho a la integridad, pues la propia Ley ha establecido unas limitaciones, esto es, será preciso, además, que se den ciertas condiciones referidas a la repercusión que tales acciones puedan tener en el honor, reputación o intereses morales del autor¹⁵⁷. La cuestión estribará, pues, en determinar cuándo concurren estas circunstancias, que por lo general no responden a parámetros objetivos, y quién ha de ser la persona idónea para valorar tal concurrencia¹⁵⁸. Aunque cabe destacar, como bien nos señala el profesor español Plaza Penadés, se le concede un cierto carácter de *numerus apertus* a las conductas descritas en el precepto que versa sobre la integridad autoral¹⁵⁹. Así las cosas, independientemente de la actividad transformativa realizada y la connotación que alcance, el único requisito exigible es que se verifiquen laceración a la reputación del autor o a sus legítimos intereses.

Para aclarar un poco la cuestión, debemos puntualizar algunos aspectos sobre los conceptos que trazan los límites de este derecho. Así, por reputación del autor habrá que entender su fama artística y profesional, que puede definirse como “el sentimiento personal del autor sobre la propia capacidad creativa en relación a una obra determinada. Es necesario, pues, que la modificación perjudique a la reputación del autor en su calidad de tal”¹⁶⁰. Por su parte, los “legítimos intereses” son “el conjunto de los elementos estéticos e ideológicos que determinan la posición y el valor del autor en un determinado momento histórico, según el tipo de sociedad a la que pertenezca”¹⁶¹. Inclusive, Neil Weinstock Natanel advierte que el interés del autor en evitar la distorsión y mutilación

¹⁵⁷ Hegel consideraba que la completa alienación de la propiedad intelectual es errónea –moralmente análoga a la esclavitud o al suicidio porque es la renuncia a un aspecto "universal" del yo. Este autor parecía identificar el objeto intelectual como una expresión continua de su creador, no como un objeto cultural libre y abandonable. Ver al respecto en Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 *Georgetown Law Journal* 287 (1988), 40.

¹⁵⁸ Patricia Mariscal, 263.

¹⁵⁹ Javier Plaza Penadés, “Comentario al artículo 14”, en José Miguel Rodríguez Tapia (Director), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 166.

¹⁶⁰ Pascual Martínez Espín, «Comentario al artículo 14», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Coordinador), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 222.

¹⁶¹ *Ibíd.*

deriva de la percepción razonable del público (consumidor) que entre en contacto con la obra¹⁶².

Por demás, estos efectos lesivos a los que se ha hecho referencia han de ser ponderados dentro del conjunto global de circunstancias en que tiene lugar la actividad que supuestamente deforma, modifica, o altera la obra. De esta manera, la sentencia del Tribunal Supremo español de 22 de abril de 1998 tomaba como criterio para determinar la lesión del derecho de integridad la esencialidad o superficialidad de la transformación¹⁶³. De esta forma, un atentado es sustancial cuando es susceptible de transmitir un sentido diferente del que el autor buscaba en su obra. Es decir, ese ataque sustancial debe afectar al *corpus mysticum* de la obra.

En otro orden de ideas, cabe destacar que una obra derivada no necesita alterar el atractivo estético de la obra subyacente para poder ser protegida¹⁶⁴. Además, la afectación del derecho de integridad de la obra no siempre vendría de la mano de la alteración de la obra originaria en su forma. Y es que se ha de tener presente que incluso en los casos en los que nos encontramos ante una transformación típica (en referencia a las tipificadas de forma expresa por la Ley) donde se da un cambio de expresión de la obra, pueden surgir dudas en torno a lo que podría ser considerado como una laceración a la integridad de la obra debido a las necesidades técnicas surgidas del cambio de medio a través del que se pretende plasmar la obra derivada.

Así, en los casos como la adaptación del teatro o la literatura al cine, no cabría contemplar la posibilidad de una servil fidelidad de la obra derivada respecto de la original sin las que no podría efectuarse la transformación acordada. Entonces, hay que recurrir al criterio de la normalidad de dichas modificaciones en tanto que conformes a la naturaleza de la obra y su correcta explotación como creación expresada en otro medio. El deber de fidelidad variará atendiendo al grado de libertad que pueda inferirse de la autorización del autor originario y de la naturaleza y género del que se parta y al que se pretenda pasar, de modo que a los efectos de valorar lo permisible habrá de prestarse

¹⁶² Neil Weinstock Natanel, 51.

¹⁶³ Patricia Mariscal, 264-265.

¹⁶⁴ Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright* (New York: Wolters Kluwer, 2005), 2-222.

especial atención a cuestiones técnicas, la costumbre y la práctica del sector de que se trate. Y por supuesto la buena fe. En todo caso la sustancia, el carácter o el espíritu de la obra habrán de resultar inalterados¹⁶⁵.

Sin que quepa ningún género de duda, de lo que se trata es que, en el ejercicio del derecho de transformación sobre una obra preexistente, se debe garantizar la integridad de la misma. Así lo ha establecido de manera clara la jurisprudencia española, en los siguientes términos:

En las obras en colaboración, como son las llamadas audiovisuales, algunas aportaciones a las mismas (como el guión, el argumento o la música) son plenamente individualizables y si bien el director-realizador puede introducir en ellas, concretamente en el guión, que es el que aquí nos ocupa, las modificaciones que exija la específica naturaleza del medio por el que la obra audiovisual ha de ser emitida, ello ha de entenderse en el sentido de que tales modificaciones sean meramente circunstanciales o accidentales, en cuanto exigidas, repetimos, por la especial naturaleza del medio de emisión (televisión, en el presente supuesto litigioso), mas no cuando dichas modificaciones afecten la esencia misma del guión tal como fue concebido y redactado por su autor, pues para ello se requiere el consentimiento de este, en cuanto titular exclusivo del derecho moral a la integridad de su obra...¹⁶⁶.

Al hilo de todo lo anterior, es oportuno que en estos momentos nos detengamos a analizar lo que se entiende por «integridad» de la obra. La obra ha de ser respetada en la forma y en el fondo. La violación del derecho a la integridad puede producirse no solo por mutilación material sino, también, por traicionar el pensamiento del autor, sin necesidad de cambio alguno en la forma de la obra. Constituyen atentados indirectos todas las alteraciones del sentido o espíritu que impriman un carácter distinto del deseado por el autor, modificando el argumento o trama psicológica, la composición y el carácter de la obra. Por el contrario, son atentados directos todas las modificaciones materiales, como la destrucción, modificación, mutilación y la fragmentación de una obra en partes¹⁶⁷.

La SAP de Madrid (Sección 13ª) de 2 de febrero de 2000 se pronunció sobre el concepto de “integridad de la obra” y estimó que “desde la perspectiva jurídica, debe ser

¹⁶⁵ Antonio Francisco Galacho Abolafio, 66-67.

¹⁶⁶ Recurso de Casación interpuesto contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid. Recurso No. 3286/1994. Tribunal Supremo, Sala 1ª, del 22-4-1998.

¹⁶⁷ Pascual Martínez Espín, «Comentario al artículo 14», 224.

entendido como sustrato permanente de la expresión creadora del autor”¹⁶⁸. Por tanto, el derecho moral del autor a exigir el respeto a la integridad de la obra no le faculta a impedir cualquier alteración de su obra sino solo aquellas que modifiquen sus aspectos formales esenciales, siempre que no se perjudiquen sus intereses legítimos ni se cause un menoscabo a su reputación.

Evidentemente el derecho de respeto a la integridad de la obra y la prohibición de realizar actos de modificación, alteración, deformación o destrucción se proyectan sobre la obra en sí misma considerada (*corpus mysticum*) y no sobre los soportes en que se contiene la obra (*corpus mechanicum*)¹⁶⁹. Por ello, por ejemplo, destruir o quemar la copia de un libro no constituye un atentado a la integridad de la obra, mientras que editar dicha obra después de haber eliminado o modificado algunos de sus pasajes sí supondría un atentado a su integridad. Especiales problemas plantea la aplicación práctica del derecho de integridad cuando la obra resulta inescindible del *corpus mechanicum*, y este, siendo la propiedad de un tercero, tiene alguna otra utilidad práctica además de la de servir de soporte a la obra. No obstante, las facultades morales del autor no pueden vaciar de contenido el derecho de propiedad, y así el derecho moral de autor y el derecho de propiedad vienen a constituirse en un límite uno de otro, o sea, el propietario puede disponer de la obra hasta tanto no lesione el derecho moral del autor¹⁷⁰.

Por ejemplo, en un caso español no se consideró mutilación que atentara contra el derecho de integridad de los autores de unos murales realizados sobre la fachada de un edificio la demolición de la misma debido a labores de reforma para la rehabilitación del inmueble. De suerte que se ponderó, junto con el derecho moral de los autores, otra serie de factores, como la seguridad de las personas usuarias del inmueble, la ubicación al aire libre de las pinturas, el carácter perecedero de la obra debido a la acción de los agentes externos, o la imposibilidad de separar las pinturas del muro¹⁷¹.

¹⁶⁸ M^a Asunción Esteve Pardo (Coordinadora), *Los derechos morales del autor*, en *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*, 127.

¹⁶⁹ Javier Plaza Penadés, “Comentario al artículo 14”, 166.

¹⁷⁰ Ivonne Preinfalk Lavagni, 83.

¹⁷¹ Tribunal Supremo español, sentencia de 6 de noviembre de 2006.

En supuestos de hechos similares nuestra Suprema Corte de Justicia se pronunció sobre la controversia que se suscita entre el derecho de integridad frente al derecho de propiedad, y lo hizo en los siguientes términos:

...el derecho de propiedad se impone (...) sobre el derecho moral del autor (...) cuando sea necesario a los fines de una normal realización de los intereses que típicamente son protegidos por dicho derecho. (...) no así cuando el propietario quiera destruir la obra de manera arbitraria y sin justificación alguna¹⁷².

En definitiva, visto un tanto a grandes rasgos todas las imbricaciones del derecho moral a la integridad de la obra y el derecho patrimonial de transformación, podemos finalizar sentando una idea básica en la delimitación de cada uno de estos derechos: la plena autonomía de sus regímenes, esto es, la lesión de uno no implica necesariamente la lesión del otro. Dicho en otras palabras, la introducción de burdos errores ortográficos en un texto o pintarles bigotes a un retrato son actos que pueden constituir una vulneración del derecho moral, pero difícilmente una transformación. En sentido contrario podría decirse que la traducción de un texto es una transformación que no necesariamente va a suponer un menoscabo de la reputación del autor y de sus intereses.

2.1.1 Consideración de algunos supuestos

Una vez vistas grosso modo las colindancias existentes entre el derecho moral a la integridad de la obra y el derecho patrimonial de transformación, ahora resulta menester considerar, debido a su trascendencia práctica, algunas concreciones de posibles colisiones entre estos derechos. Particularmente, la mayoría son modificaciones en torno a una obra audiovisual. Así, la sonorización de una película muda, el coloreado de una película rodada originalmente en blanco y negro, el añadido de la sigla o logotipo de la cadena que emite en el marco de la pantalla, las interrupciones publicitarias, el doblaje o subtítulo de películas, constituyen algunos ejemplos de situaciones que han llegado a manos de tribunales comparados. Veamos.

¹⁷² Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Cas. 11 mayo 2011.

La técnica del coloreado de películas ha suscitado una viva polémica. Esencialmente, el caso Huston¹⁷³ fue uno de los que más resonancia tuvo, siendo uno de los primeros en tratar este tipo de colisión, concluyendo que el coloreado de la obra constituía un atentado contra su integridad. En relación con esto, mientras algunos autores consideran que el coloreado altera la naturaleza original de la obra causando un atentado contra su integridad, por el contrario, sus adeptos señalan que añadir color a una película constituye una modificación de carácter creativo propiciada por la técnica, y que por tanto no debe ser rechazada. De tal suerte, nos preguntamos junto a López Sánchez, ¿estamos en presencia de una obra derivada?¹⁷⁴

La doctrina más representativa en la materia se encuentra dividida.

Por un lado, hay quienes argumentan que la técnica del coloreado es muy costosa, y que para que resulte rentable es conveniente la calificación de la obra resultante como obra derivada. Así, se estaría buscando por medio del coloreado la creación de una obra nueva, distinta, dirigida a un público diferente. Empero, hay otros autores que se oponen a dotar de originalidad este tipo de actividad¹⁷⁵.

Habría que evaluar un caso concreto que se nos presente para verificar si verdaderamente un coloreado de una determinada película en blanco y negro le supone una vulneración a su integridad. Empero, lo primero a tomar en cuenta es que para saber si la obra es derivada, habrá que determinar si existe originalidad. Ineludiblemente, resulta fundamental atender al dato de si el procedimiento de coloración es realizado por un ordenador o, por el contrario, ha dejado algún margen a la creatividad humana, combinando la técnica empleada (electrónica, digital, etc.) con las elecciones intelectuales realizadas por uno o más autores personas físicas¹⁷⁶. Ciertamente, no ocurre lo mismo cuando en la coloración interviene a acción creativa del hombre. A pesar de que este proceso hace uso de la tecnología por ordenador para reproducir la coloración sobre varios fotogramas, lo cierto es que deja que sea una persona quien determine la elección artística de los colores de todas las escenas.

¹⁷³ Corte de Apelación de París, sentencia de 6 de julio de 1989.

¹⁷⁴ Cristina López Sánchez, 40.

¹⁷⁵ Patricia Mariscal, 411.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 42.

Por demás, la inserción de anuncios publicitarios, que se suele llevar a cabo seleccionando una emisión televisiva para insertar entre una fracción y otra mensajes audiovisuales en breves escenas, también se encuentra de frente con el derecho a la integridad de los autores de las obras audiovisuales.

Con todo, las cadenas de televisión intentan defenderse aportando algunas razones, entre otras, que no se trata de una modificación o alteración que afecte a la integridad de la obra en sí misma, sino a su comunicación; que los espectadores saben que la programación de una cadena privada debe ir acompañada de la publicidad que la financie, sin que haya riesgo de confusión; y, por último, que los mensajes publicitarios constituyen una forma natural de interrupción, semejante a la que se realiza en la prensa, donde nadie se queja¹⁷⁷.

La misma autora nos muestra que tales argumentos son fácilmente rebatibles, puesto que la distinción entre una obra en sí y su comunicación es artificial, no puede crearse una obra pensando en el modo en el que puede ser presentada al público. Asimismo, que el espectador atribuya el anuncio a una empresa y no al autor no significa que no se cause una lesión a la reputación del autor, pues la influencia de la interrupción puede inducir al espectador a cambiar de cadena y le impide apreciar el valor de la obra tal cual fue creada por el autor¹⁷⁸. Y, por último, la diferencia entre esta publicidad con la que aparece en la prensa reside en que esta es fácilmente eludible por el lector¹⁷⁹.

Según ha considerado un espectro de la doctrina comparada, la existencia de una lesión al derecho moral del autor depende de una serie de elementos tales como la naturaleza de la película, el momento de la interrupción, la frecuencia y la duración de esta. La lesión al derecho moral existe cuando se altera la naturaleza, la forma de la obra, el ritmo y el tiempo en que fue concebida, la imagen y la personalidad del autor¹⁸⁰. El juicio sobre la incidencia negativa de las interrupciones publicitarias no puede formularse según parámetros abstractos, sino que deberá constatarse caso por caso, en atención a la

¹⁷⁷ Cristina López Sánchez, 43.

¹⁷⁸ Corte de Apelación de Roma, sentencia de 16 de octubre 1989.

¹⁷⁹ Cristina López Sánchez, 43.

¹⁸⁰ Pascual Martínez Espín, «Comentario al artículo 14», 225.

opinión del espectador medio. En suma, la interrupción de películas mediante mensajes publicitarios es una actividad lícita que en todo caso necesita la autorización del autor, pues, de no ser así, podría atentar contra su reputación y legítimo interés, al alterar la continuidad estética e intelectual de su obra¹⁸¹.

En tercer lugar, al insertar en una obra audiovisual el logotipo o sigla de una cadena de televisión no se cumple con una necesidad técnica o artística, sino que lo que se pretende con ello es lograr una autopublicidad ajena a la propia obra. Resultado de todo ello es que cualquier autor puede oponerse a ello porque se estaría produciendo un atentado contra su derecho a la integridad.

Existen divergencias de criterios, pero como no tenemos precedente nacional, acudimos a la jurisprudencia francesa ya que se ha pronunciado reiteradas veces al respecto. Asumiendo el criterio de que la adición del logotipo no está justificada por imperativos de orden técnico y que produce el efecto de ocultar constantemente a la vista de los telespectadores una parte de las imágenes constitutivas de la película. Por ello, señalan que en estos casos se está ante una alteración que consiste en la adición de un elemento extraño a la obra¹⁸². En contraposición a dicho criterio, una parcela de la doctrina considera que la afectación que se produce sobre la apariencia visual debe considerarse como un ataque de poca relevancia que el autor debe tolerar, puesto que no afecta a la sustancia de la obra. Cuestión distinta sería que el logo fuera de tales dimensiones que impidiera el visionado normal de la obra¹⁸³.

En otro orden de ideas, debemos referirnos al caso del doblaje y el subtulado. Básicamente, como bien nos explica Patricia Mariscal, “el doblaje consiste en la reinterpretación de los diálogos de una película, generalmente en un idioma distinto al de la película de origen, mientras que el subtulado consiste en sobreimprimir los diálogos de la película en la parte inferior de la pantalla, ya sea en el mismo idioma, o en idioma

¹⁸¹ Cristina López Sánchez, 44.

¹⁸² *Ibíd.*, 44-45.

¹⁸³ Patricia Mariscal, 412.

distinto. Ambas técnicas tienen como fin hacer la obra accesible a un universo mayor de espectadores”¹⁸⁴.

Al calor de lo anterior, según ha señalado la doctrina, el doblaje puede constituir una lesión del derecho a la integridad de la obra, por ejemplo en aquellos casos en los que se lleve a cabo la traducción vulgar de los diálogos de una obra original. Frente a ello, ha argumentado algún autor que el doblaje no afecta la esencia de la obra, sino elementos meramente interpretativos. En cuanto al subtítulo, lo que modifica no es la banda sonora sino la apariencia visual de la película¹⁸⁵. Con todo, se trata de prácticas que los autores han venido consintiendo desde siempre, sobre todo porque han entendido que les era favorable en relación con la repercusión de su obra. En ese sentido, nos preguntamos por qué se admiten sin discusión las versiones dobladas que modifican más o menos la obra original, mientras que, por ejemplo, se rechaza la técnica del coloreado cuyo objetivo principal también reside en dar a conocer la obra a un público mayor.

Pese a lo anterior, no debemos desconocer que el añadido de rectángulos con subtítulos parece que, al menos en ciertos casos, puede acabar con la estudiada composición de una imagen. Incluso en ocasiones se ha llegado a admitir el añadido de subtítulos que reducen la sutileza de diálogos que exceden del tiempo de lectura¹⁸⁶.

En otro orden de ideas, también la sonorización de películas mudas, bien añadiendo voz a los personajes, o bien mediante la incorporación de música de fondo, plantea un problema similar al del coloreado.

En efecto, la sonorización de una película muda sin consentimiento del autor da lugar a un posible atentado contra la integridad de la obra, pues al añadirse el sonido, a veces con las voces de los autores originales, y otras con las voces de nuevos artistas, casi siempre se obtienen efectos grotescos debido a que los diálogos mudos deben ser exagerados para hacer comprender mejor a los espectadores los acontecimientos narrados

¹⁸⁴ Patricia Mariscal, 412.

¹⁸⁵ Patricia Mariscal, 412.

¹⁸⁶ Cristina López Sánchez, 47.

en la película¹⁸⁷. Asimismo, desde el momento en que la música de acompañamiento incide de manera directa sobre la sensibilidad de los espectadores, se puede atentar contra el derecho moral del autor. Dicho ello, si el atentado existe cuando la música es insertada en la propia película, podríamos preguntarnos si la solución sería la misma en el caso de que la música se hubiera añadido no en la película, sino en la sala de proyección. Evidentemente, en estos casos no se trata de una verdadera modificación p de un atentado a la integridad de la obra, por lo que la existencia de infracción al derecho moral dependerá de la incidencia sobre la sensibilidad del espectador¹⁸⁸. Al menos esa es la solución que opera en el Derecho francés y en el italiano¹⁸⁹.

2.2 El derecho del autor a modificar su obra

Aunque no en todos los casos ocurre, es normal que el autor sienta el deseo de modificar su obra, en virtud de que su pensamiento ha evolucionado. Es por esto que el autor posee una facultad de modificación sobre su obra, que le permite introducir las mejoras que considere pertinentes y adecuarla a la evolución normal de su pensamiento, sus planteamientos, convicciones o creencias. El punto de partida para el estudio de esta facultad es la obra literaria, artística y científica tomada como reflejo de la personalidad intelectual de su autor. Entendemos que, al ser posible la evolución de esta personalidad, la facultad de modificar la obra viene a ser un modo de respetarla, pues es lógico que el autor tenga el deseo de manifestar dicha evolución a través de la obra¹⁹⁰.

Se trata de modificar una obra ya existente que seguirá siendo la misma a efectos jurídicos, ya que la modificación efectuada no se debe al objetivo de obtener una nueva creación en el sentido de la normativa de los derechos de autor, sino un cambio que trae causa, por un lado, en la evolución de los pensamientos, convicciones o creencias del autor o, por el otro, en la desactualización en la que ha incurrido la obra. En el primero de

¹⁸⁷ Cristina López Sánchez, 47.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ Corte de Apelación de París, sentencia de 29 de abril de 1959.

¹⁹⁰ Ivonne Preinfalk Lavagni, 87-88.

los casos, las modificaciones operadas se deberán a razones subjetivas (necesidades de perfeccionamiento estético) mientras que en el segundo a razones objetivas¹⁹¹.

Básicamente, el derecho de modificación es, por un lado, una manifestación del derecho fundamental a la libre creación artística [arts. 52 y art. 49 de la Constitución Dominicana] y, por otro, la vertiente positiva del derecho moral a la integridad¹⁹². En efecto, el derecho de modificación responde a la tutela del prestigio profesional del autor cuando este evoluciona.

Aunque la Ley no habla concretamente de este derecho, pues, solo se advierte en el art. 19.3 LDA (dentro de las modalidades de transformación) una mención del término modificación, aunque lo equipara con adaptación, arreglo y cualquier otra forma de transformar, parece que se trata únicamente de modificaciones menores, que tendrían como límite el nacimiento de una obra nueva, en cuyo caso estaríamos ante un derecho patrimonial de transformación. Por lo mismo, según considera el profesor Plaza Penadés, es un acierto regularlo, ya que con ello se fijan los límites y condiciones para su ejercicio, protegiéndose de este modo los intereses de todos los titulares de los derechos de propiedad intelectual¹⁹³.

Particularmente en España se ha insertado esta facultad dentro de la categoría de los derechos morales¹⁹⁴, siendo dotados de todas las particularidades de estos derechos de la personalidad. Hecho que la hace tan controvertida. Ahora bien, por nuestra parte consideramos que a pesar de que la ley 65-00 no haga una mención directa y meridiana sobre esta prerrogativa, se puede verificar su posibilidad en el precepto inicial del art. 19 LDA cuando indica que “los autores tienen... la libre disposición de su obra...”. Por consiguiente, no ponemos en duda que un autor pueda ejecutar esta facultad sin óbice alguno. Empero, se le pone coto una vez cedidos los derechos de explotación, pues, la modificación es una consecuencia natural y legítima de la titularidad. Con todo, el asunto

¹⁹¹ Antonio Francisco Galacho Abolafio, 65.

¹⁹² Pascual Martínez Espín, «Comentario al artículo 14», 227.

¹⁹³ Javier Plaza Penadés, “Comentario al artículo 14”, 166.

¹⁹⁴ Artículo 14 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

no parece tan claro. Habrá que abundar un poco más para encontrar orientaciones certeras.

La primera cuestión que se plantea es la del alcance del término «modificación», ante el silencio de la LDA. Parece que este término hace referencia tanto a las correcciones y mejoras sustanciales como a las modificaciones accesorias de la obra, siempre que sean imprescindibles y que se respete la esencia de la obra; es decir, el carácter originario con que fue divulgada. El carácter imprescindible de las modificaciones es de difícil valoración al tratarse de un criterio subjetivo que depende de la apreciación del autor, por lo que no cabe hablar de un verdadero límite. El límite real a que se encuentra sometido el derecho de modificación es el respeto del carácter o finalidad de la obra. Por tanto, cuando el propio autor lleva a cabo una modificación de su obra en el ejercicio de este derecho, debería efectuar cambios tales que la esta sufriera un cambio sustancial, pues de lo contrario se estaría transformando la obra mediante la modificación de la forma pero no del espíritu de la misma. Por lo mismo, cuando las modificaciones sean de tal naturaleza que se modifique la obra originaria, el cesionario no estará obligado a continuar la explotación de la obra bajo las condiciones que regían el antiguo contrato¹⁹⁵. Aunque, por supuesto, la naturaleza de la obra marcará en la mayor parte de los casos que este derecho se pueda o no ejercitar sin crear graves problemas¹⁹⁶.

La mayoría de la doctrina considera que la modificación debe ser sobre aspectos estructurales o de contenido de la misma, o sea, aspectos de fondo. En efecto, la modificación a la que tiene derecho el autor es aquella que cambia sustancialmente la obra, porque es lo que constituye el reflejo del pensamiento del autor. Ahora bien, los cambios menores que el autor desee incluir en la obra, también los podrá realizar, pero ya no integran esta facultad como tal, pues el contenido esencial de la obra permanece intacto, con lo cual, el pensamiento del autor tampoco variará¹⁹⁷.

De todos modos esta cuestión es de complicada concreción, pues en el caso de alteración de la substancia de la obra, el resultado no puede ser otro que una nueva

¹⁹⁵ Pascual Martínez Espín, «Comentario al artículo 14», 227.

¹⁹⁶ Pascual Barberán Molina, *Manual práctico de propiedad intelectual* (Madrid: Tecnos, 2010), 71.

¹⁹⁷ Ivonne Preinfalk Lavagni, 90.

creación, y el derecho de modificación tiene como fundamento la modificación de una obra pero no la conformación de una nueva obra con protección y otorgamiento de derechos de autor diferentes¹⁹⁸.

Y es que debe diferenciarse la modificación de la transformación de la obra. Conforme ha considerado una parcela de la doctrina comparada, la modificación se refiere básicamente al contenido o fondo de la obra, no a su forma, pues ya hemos definido que el contenido de esta facultad le permite al autor cambiar aspectos de fondo. De manera que una obra no se modifica cuando se traduce, se adapta al teatro o al cine (manifestaciones todas ellas del derecho de transformación), sino que la obra se modifica cuando, sin cambiar de género, resulta distinta de la versión anterior¹⁹⁹. Mientras que la transformación, según han sostenido algunos, se realiza sobre la forma, sin cambiar aquellos elementos que definen la obra o son sustanciales de ella. Personalmente diferimos de esta postura, pues, se nos antojan un tanto estrechas en lo referente al derecho de transformación, reduciéndolo a meros cambios de forma. En acápites posteriores abundaremos sobre esta cuestión.

También se ha considerado que el supuesto filosófico que subyace en cada uno de los casos es distinto. Así, en el supuesto de modificación de la obra hay un interés personal, donde el cambio de la obra obedece a la evolución normal del pensamiento del ser humano. En el segundo caso, de transformación de la obra, generalmente, se inmiscuyen razones de orden económico²⁰⁰, donde lo que se pretende es hacer llegar al público la misma obra, pero bajo distintas formas, ya sea, en otro idioma, o en otro formato, donde incluso el autor puede ceder este derecho para que el trabajo sea realizado por otra persona²⁰¹.

¹⁹⁸ Antonio Francisco Galacho Abolafio, 64.

¹⁹⁹ Ángel Luis Alonso Palma, 63.

²⁰⁰ En el apartado de los fundamentos habíamos rechazado el paradigma que únicamente considera las creaciones en términos de maximización y rendimiento, por ser insuficiente, toda vez que solo representa una de las tantas posibilidades. Por ende, nunca pueden ser consideradas para brindar una respuesta holística y entitativa.

²⁰¹ Ivonne Preinfalk Lavagni, 99.

Sea como fuere, esta facultad no puede ejercerse de una manera irrestricta e ilimitada en todo momento. Así, mientras la obra no haya salido de ámbito privado, y el autor no haya cedido los derechos de explotación, este podrá realizar todos los cambios que estime pertinentes, desde modificaciones insignificantes, hasta cambios sustanciales o estructurales, pues no repercute de manera alguna en la esfera privada de algún tercero. No obstante, cuando ya pesan sobre la obra intereses de terceros, precisamente, es cuando esta facultad tiene verdadera razón de ser, y así la fuerza normativa la encontramos en los límites externos referidos a los derechos adquiridos por terceros, porque ellos pueden resultar lesionados en virtud de las modificaciones que haga el autor²⁰².

Así las cosas, la capacidad de modificar una obra por su autor queda mermada en función del respeto a los derechos adquiridos por terceros. Por ejemplo, si una productora cinematográfica ha adquirido en exclusiva los derechos sobre un guión y tras el rodaje de la película y antes de su estreno, el guionista quisiera modificar el final de su guion, la productora se encontrara legitimada para impedir que el guionista ejercite su derecho de modificación, alegando los costes de producción y postproducción de la película de acuerdo con el guión original²⁰³.

Uno de los casos donde más incidencia y regulación tiene el derecho de modificación es en el marco del contrato de edición. De tal suerte, el art. 96 LDA establece lo siguiente:

El autor tendrá derecho a efectuar las correcciones, adiciones o mejoras que estime convenientes antes de que la edición de la obra entre en producción. El editor no podrá hacer una nueva edición autorizada en el contrato sin dar el correspondiente aviso al autor, a fin de que éste tenga oportunidad para hacer las reformas, adiciones o correcciones que estime pertinentes. Si dichas correcciones, adiciones o mejoras son introducidas cuando la obra ya esté corregida en pruebas, el autor deberá reconocer al editor el costo ocasionado por ellas. Esta regla se aplicará también cuando las reformas, correcciones o ampliaciones sean de gran magnitud y hagan más oneroso el proceso de edición, salvo cuando se trate de obras actualizadas mediante envíos periódicos²⁰⁴.

²⁰² *Ibíd.*, 88.

²⁰³ M^a Asunción Esteve Pardo (Coordinadora), 131.

²⁰⁴ Artículo 96, Ley sobre Derecho de Autor, de 14 de marzo de 2001.

Y es que, como nos cuenta José Miguel Rodríguez Tapia, “aunque el editor edita la obra por su cuenta y riesgo, es imprescindible la colaboración del autor en esta empresa, ya que este último está obligado a hacer posible la explotación correcta de la obra a que se ha comprometido el editor”²⁰⁵. Por lo mismo, se faculta al autor para efectuar las modificaciones imprescindibles durante el período de corrección de pruebas, pero tales modificaciones por imprescindibles que sean no pueden elevar sustancialmente el coste de la edición, generándole una afectación al editor, de otro modo tendría que resarcirlo esos costos. Como podemos verificar, en el contexto de la edición se delimitan muy bien el alcance del derecho del autor a modificar su obra.

En ese mismo orden de ideas, cabe destacar que el respeto a los derechos adquiridos por terceros se refiere tanto a los derechos de los adquirentes de la obra como a los derechos de los cesionarios de los derechos de explotación sobre la misma²⁰⁶. En el primer supuesto no hay dudas, pues si el autor enajena su obra, para poder modificarla necesitará la autorización de su propietario. Y en el supuesto de la cesión de los derechos de explotación, habrá que diferenciar según se trate de una modificación sustancial o no de la obra. Si la modificación no es sustancial parece que el cesionario podrá oponerse a que el autor explote la versión modificada de la obra ya que, de otro modo, se estaría concediendo al autor una sencilla forma para anular la facultad otorgada al cesionario. Al contrario, se trata de una modificación sustancial, en principio no habrá obstáculo en permitir que el autor explotase la versión modificada de su obra²⁰⁷.

Por demás, las dificultades no surgen solo en los casos en que entran en juego los derechos de más de un autor, sino incluso en los casos en los que es el propio autor de la obra originaria el que hace uso de dicha creación para obtener como resultado una nueva obra, diferente de la que se toma como punto de partida pero tan relacionada con ella que es ineludible admitir tal vínculo. En este caso requerirá de la correspondiente

²⁰⁵ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 66”, 480.

²⁰⁶ Cristina López Sánchez, 50.

²⁰⁷ *Ibíd.*, 50-51.

autorización del cesionario de los derechos de explotación, aun siendo el autor de la obra sobre la que recaen estos²⁰⁸.

Con todo, el autor de una obra no siempre la conserva bajo su propiedad. De ahí que, como tiene derecho a modificarla, en numerosas ocasiones se produzca una colisión de intereses con los del titular de la obra. De forma que este derecho constituye una clara limitación de la soberanía del adquirente del *corpus mechanicum* o del cesionario del derecho de explotación, que debe soportar, dentro de los límites establecidos legalmente²⁰⁹, el ejercicio por parte del autor de su derecho de modificación.

En el caso de las obras plásticas de ejemplar único, la transmisión del soporte de la obra a un tercero comporta la adquisición de un derecho de propiedad ordinaria sobre el soporte que el autor también debe respetar, si quiere modificar la obra. Si se trata de una adquisición onerosa mediante venta resulta justificado que el derecho de autor ceda ante el derecho del propietario del soporte. Sin embargo, podría resultar justificado el derecho del autor a modificar su obra, si el propietario lo hubiera adquirido de forma gratuita por donación del propio autor²¹⁰.

El tema es importante ya que, si se han cedido los derechos sobre la obra originaria, la simple modificación no afectará a los mismos; pero si la modificación implica que nazca una nueva obra, el autor podrá disponer de ella libremente, pudiendo cederla a otro y causar un perjuicio al cesionario legítimo de la primera, llegando a constituir un acto de competencia desleal²¹¹.

Asimismo la calificación que deben recibir las actualizaciones de la obra ha suscitado alguna discrepancia. El TS ha entendido que la actualización de una obra es una

²⁰⁸ Antonio Francisco Galacho Abolafio, 128.

²⁰⁹ El artículo 18 del reglamento No. 362-01 para la aplicación de la ley 65-00 establece lo siguiente: “Siempre que sea necesario para el ejercicio de los derechos morales y patrimoniales reconocidos por la Ley, el autor puede acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se encuentre en poder de un tercero, pero ese derecho no implicará el desplazamiento del ejemplar, sino el acceso al mismo, que deberá llevarse a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor”.

²¹⁰ M^a Asunción Esteve Pardo (Coordinadora), 131. Discrepamos de esta postura, puesto que la onerosidad o gratuidad de la alienación no le confiere carácter parcial o absoluto. Cedido el derecho, aun sea de forma gratuita, hace que irremediamente la obra se sustraiga al dominio del autor.

²¹¹ Pascual Barberán Molina, 71.

acción que le da contenido al derecho de transformación, máxime, si desde un inicio se previó tal actualización. Por ello, si los derechos patrimoniales fueron cedidos, el autor no podría alegar violación a su derecho moral en caso de que el cesionario de los derechos económicos ejecute la actualización²¹².

Pero esta postura no concuerda con la doctrina, donde se ha dicho que una de las condiciones extrínsecas u objetivas, que le pueden dar origen al ejercicio de la facultad de modificación de la obra, es la necesidad de actualización. Consideramos que la actualización de una obra puede dar origen al deseo de modificación de la obra. Ello porque una obra actualizada es sustancialmente distinta a la anterior, pues incorpora elementos esenciales distintos a la anterior, elementos puestos al día, con lo cual la obra original queda desfasada²¹³.

En contraposición a la doctrina mayoritaria, y en concordancia con la tesis sostenida por un grupo no tan nutrido de autores, personalmente consideramos, junto a Patricia Mariscal, que lo que diferencia el derecho de modificación y el derecho de transformación es la aportación de originalidad que tiene lugar cuando se ejercita este último, y que se traduce en el nacimiento de una obra distinta, dejando intacta la originaria. En el ejercicio del derecho de transformación se ven implicadas dos obras: la preexistente y la nueva; en el de modificación solo una. El derecho de transformación tiene carácter creativo, el de modificación no²¹⁴.

Otro argumento que diferencia el derecho de transformación con la facultad de modificación, es la coexistencia de la obra primigenia y la resultante, o bien, la sustitución de una por otra. En este sentido, siempre que se ejerce el derecho de transformación resulta una obra nueva, una obra derivada a partir de una obra preexistente, razón por la cual coexiste la obra original y la derivada. Por su parte, cuando

²¹² En este sentido dijo que la «... obra de carácter práctico-didáctico, fue editada en hojas cambiables al fin de poder ser fácilmente sustituidas para su actualización: [...] por lo que al haber cedido los derechos de explotación a la editorial, primero mediante el contrato laboral, y después por el contrato civil, y estando comprendido entre esos derechos de explotación, el de transformación de la obra (art. 17 L.P.I.), con el alcance del art. 21 de la misma, y al haber denegado ese derecho en el fallo a la empresa editora, no se ha infringido los expresados preceptos». STS 29 de marzo de 2001.

²¹³ Ivonne Preinfalk Lavagni, 101-102.

²¹⁴ Patricia Mariscal, 253.

una obra es modificada, esta dejará de existir bajo su configuración inicial y adquiere la nueva formulación dada por el autor, por lo que la modificación sustituye a la obra en su configuración inicial²¹⁵.

En realidad, poco afecta al autor de una obra derivada que el autor de la preexistente decida ejercitar su derecho de modificación sobre la misma, puesto que en ningún caso puede pretender que tal facultad se extienda más allá de su propia creación. En otras palabras, el autor únicamente podrá modificar su obra, pero no las que de esta se deriven²¹⁶.

En definitiva, el derecho de modificación y el de transformación son conceptualmente distintos. Además, el contenido de ambos derechos no es el mismo. El ejercicio del derecho de modificación no puede suponer una transformación de la obra, es decir, las modificaciones no pueden tener carácter creativo; no pueden aportar originalidad a la obra²¹⁷. La distinción se hace especialmente necesaria cuando ambos pertenecen a distintos sujetos.

Sin lugar a dudas, la facultad de modificación es una prerrogativa esencial conferida a los autores sobre sus obras. Por consiguiente, su ejercitación es legítima. No obstante, lo que, efectivamente, nadie puede hacer es modificar una obra engañando o defraudando a otros. Si nos preguntamos: ¿Puede el propio autor de una obra autorizar que se edite una obra suya, ya conocida por el público, con adulteraciones o supresiones significativas y sin que el público sea advertido respecto de esas modificaciones? ¿Puede un autor autorizar la edición de una obra suya con otro título sin advertir a sus potenciales compradores que se trata de la misma obra? Imaginemos el caso de un autor de renombre atravesando una etapa de infertilidad creativa y necesitando ganar dinero al cual se le ocurriese la siguiente idea: ¿por qué no editar, con un nuevo nombre, una novela propia

²¹⁵ Ivonne Preinfalk Lavagni, 100-101.

²¹⁶ Patricia Mariscal, 259.

²¹⁷ Patricia Mariscal, 259.

ya publicada con anterioridad, así la gente cree que se trata de una nueva obra y la vuelve a comprar?²¹⁸

De esto surge lo que se denomina «derecho moral» respecto a la fidelidad de la obra, y la mención de su autoría no solo tutela el derecho del autor, sino también el derecho del público en general; se trata de un derecho «a secas» cuyo titular somos todos, y por ello, nadie, ni el mismo autor, puede hacer nada por limitarlo, extinguirlo o transferírsele a otro²¹⁹.

La diferencia planteada entre el derecho que tiene el autor de modificar su obra antes de su publicación, y las restricciones señaladas para esa modificación después que ella fue publicada, son señaladas por Delia Lipszyc al decir: «Antes de la divulgación, solo depende del autor el modificar su obra cómo y cuantas veces quiera, o destruirla», a *contrario sensu*, debemos entender que después de esa divulgación este derecho esencial y absoluto del autor a la fidelidad e integridad de la obra pasa a ser un derecho común y corriente de todos²²⁰.

Esta forma de ver el derecho que se atribuye al autor y sus derechohabientes de poder defender la fidelidad y la autoría de la obra permite comprender por qué esta aparece como siendo «irrenunciable», «intransferible», «imprescriptible», «erga omnes», etc. Ello es así porque nadie puede autorizar a otro a cometer el delito de fraude ni renunciar a la acción penal que ese delito genera²²¹. En relación con ello, llama nuestra atención el hecho de que en la mayoría de leyes extranjeras sobre Derecho de Autor no aparezca esta prerrogativa; además ni siquiera es frecuente encontrar referencias específicas en nuestra doctrina, pues parte de ella considera innecesario su reconocimiento explícito, señalando que es suficiente con el artículo 19 LDA que atribuye al autor la plena disposición de la obra²²².

²¹⁸ Julio Raffo, *Derecho autorial: Hacia un nuevo paradigma*, 128.

²¹⁹ *Ibíd.*, 129.

²²⁰ *Ibíd.*, 129.

²²¹ Julio Raffo, 129.

²²² Cristina López Sánchez, 49.

2.3 El derecho patrimonial de reproducción

Ya habíamos inferido que todo acto de transformación implica siempre cierta actividad reproductiva, que es necesaria para poder establecer una conexión entre la obra primigenia y la derivada, lo cual contribuye, sin duda, a que las fronteras entre ambos derechos se diluyan. Es por esto que trazar una línea divisoria entre el derecho de reproducción y el derecho de transformación resulta una tarea verdaderamente compleja y que causa no pocos conflictos en prácticamente todos los países, sin soslayar el elevado grado de abstracción con que son definidos ambos derechos en las distintas legislaciones, dejando un amplio espacio a la interpretación casuística. La consecuencia de ello es que existe una relativamente extensa zona en la que ambos derechos se solapan. Para esclarecer un poco, es oportuno que nos ocupemos de las características diferenciadoras de uno y otro derecho.

En lo concerniente a la reproducción, como acto de explotación, el art. 16.28 LDA nos proporciona la siguiente definición:

Fijación, por cualquier procedimiento, de la obra o producción intelectual en un soporte o medio físico que permita su comunicación, incluyendo su electrónico, así como la realización de una o más copias de una obra o fonograma, directa o indirectamente, temporal o permanentemente, en todo o en parte, por cualquier medio y en cualquier forma conocida o por conocerse²²³.

Con base en la definición anterior, el magistrado Alarcón nos advierte que “el requisito indispensable para la caracterización del derecho en la acepción que importa a la Ley, es la necesidad de que se produzca una fijación o transposición de la obra ya creada, entendida esa fijación como medio o instrumento que posibilite su difusión y la obtención de copias”²²⁴.

Ahora bien, aunque es cierto que en el acto transformativo debe darse siempre una conexión entre obras, también lo es que determinadas transformaciones no comportan una reproducción de la obra preexistente en el sentido estricto de la palabra, y al calor de la definición normativa presentada. Nos referimos a los casos en los que la transformación no implica una nueva fijación de la obra originaria. En la medida en que

²²³ Artículo 16.28 LDA.

²²⁴ Edynson Alarcón, 83.

el derecho de reproducción se define por la fijación de la obra en un soporte físico, en ausencia de esa fijación podemos hablar, si acaso, de utilización de la obra originaria, pero no de reproducción.

En efecto, la fijación en un soporte físico es uno de los rasgos que distingue el derecho de reproducción del derecho de transformación. El autoralista español Francisco Rivero Hernández lo explica mejor:

Difiere la transformación de la reproducción en que en esta hay fijación y a veces reiteración de la obra originaria (se trata, pues, siempre de la misma y única obra); en cambio, en la transformación, de la que resulta una obra (derivada), lo esencial y típico es que sea una «obra diferente» (lo dice directamente el art. 6 LDA). Ese dato crea los principales problemas, pero es también uno de los elementos caracterizadores más claros de la transformación como actividad (frente a la mera perspectiva de la facultad de explotación, que atiende al del autor inicial). En ocasiones, su frontera y diferencias son más sutiles, por lo que ha podido decirse que transformación y reproducción no son excluyentes, sino que se superponen²²⁵.

En términos similares se pronuncia López Sánchez cuando nos dice que:

Mientras en el caso del derecho de reproducción hay fijación y a veces reiteración de la obra original, en el derecho de transformación resulta una obra derivada, es decir, distinta de la obra originaria de la que se parte. De donde se deduce que en aquellos casos en los que los cambios que se hubieran introducido en una obra no fueran lo suficientemente relevantes para independizarla de la obra de la que se ha partido, no estaremos ante una obra transformada, sino ante una obra reproducida²²⁶.

No obstante, como nos advierte el mismo autor, no siempre resulta fácil delimitar la frontera existente entre la reproducción y la transformación de una obra, sobre todo en relación con las obras plásticas, donde el resultado obtenido tras llevar a cabo una reproducción difícilmente es exactamente igual al original que se tomó como modelo. De ahí deriva que algunos autores consideren que nunca es posible realizar la reproducción de una obra plástica, ya que siempre estaremos ante una transformación. Sin embargo, la postura anterior resulta un tanto extrema, pues en cada caso se habrá de atender tanto al resultado obtenido como al *animus* o voluntad del sujeto que realiza la copia²²⁷.

²²⁵ Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 21», 380.

²²⁶ Cristina López Sánchez, 52.

²²⁷ Cristina López Sánchez, 52.

De manera que cuando alguien distinto al autor de una obra plástica pretende copiarla, surge la duda de si podrá dejar de reflejar su propia personalidad en el resultado obtenido.

Aunque cabe destacar que, precisamente, en el ámbito de las obras plásticas, la cuestión de la transformación sin previa reproducción adquiere matices peculiares y exclusivos de este tipo de obras. Como es sabido, una de las características propias de las obras plásticas es que requieren, para su existencia, la fijación en un soporte. Una pintura solo cobra vida cuando es ejecutada por el artista, de modo que los procesos de creación y ejecución se funden en uno solo. Si ello es así, parece claro que no es posible transformar una obra plástica sin que haya fijación. Pero pensemos por un momento en el siguiente supuesto. Un artista toma una pintura en la que se representa un paisaje yermo y dibuja sobre ella varios árboles, obteniendo un resultado distinto y original. Su aportación ha quedado fijada, pero sin embargo, la obra preexistente que se toma en su integridad para crear la nueva no ha sido reproducida. Se trataría de un caso de transformación sin reproducción, porque a obra primigenia ha sido utilizada sin que tenga lugar una nueva fijación. La cuestión es similar a la que se plantea en los casos de terminación de obras arquitectónicas inacabadas: se parte de una obra preexistente y se le añaden nuevos elementos originales sin necesidad de volver a reproducir aquellos. Si el resultado de ese añadido es original, entonces, no cabe duda de que estamos ante una actividad transformativa.

El elemento común a todos esos supuestos en los que técnicamente se transforma sin reproducir es que, de algún modo, y aunque no sea mediante una nueva fijación, se está haciendo un uso de la obra preexistente. El sujeto transformador es autor de un resultado original que incorpora la obra preexistente.

Dejando aparte aquellas transformaciones en las que no hay fijación, podemos decir que la transformación conlleva siempre cierta reproducción del material transformado. Ello conduce a que en ocasiones la conexión entre dos obras sea tan patente que resulte muy complicado distinguir el acto de la transformación de aquellos otros meramente reproductivos en los que el derecho de transformación no se ve

implicado. A fin de facilitar la delimitación entre ambos conceptos, Patricia Mariscal nos propone las siguientes claves interpretativas²²⁸:

1.- En primer lugar, que se trate de un acto transformativo o meramente reproductivo dependerá exclusivamente de la existencia de un aporte de originalidad suficiente en la supuesta obra derivada. En ese sentido, nos propone una definición negativa del derecho de reproducción: será reproducción todo aquello que no aporte originalidad, y que, en consecuencia, no suponga la creación de una nueva obra.

2.- Optar, como se ha hecho, por una delimitación negativa del derecho de reproducción implica reconocer que dentro de este derecho pueden subsumirse actos en cierta medida heterogéneos: desde las reproducciones idénticas hasta aquellas otras que, sin ser originales, introducen algún cambio no significativo en la estructura, disposición o expresión de la obra²²⁹. Así las cosas, otro autor nos ha explicado lo siguiente:

...para que haya reproducción no es necesario que el ejemplar obtenido sea completamente idéntico, por ejemplo en el color o en la dimensión, al original, ni que se obtenga a través del mismo procedimiento, sino que es suficiente que el resultado sea tal que desarrolle una función representativa respecto del original, de manera que cualquiera pueda hacerse una composición mental de la obra intelectual²³⁰.

3.- Un tercer dato que puede resultar de utilidad a la hora de trazar una línea divisoria entre el derecho de reproducción y el de transformación es que para que haya reproducción no es preciso que tenga lugar una multiplicación del número de ejemplares de la obra.²³¹

En definitiva, y recapitulando todo lo dicho en este epígrafe, tres son las premisas de las que es preciso partir a la hora de proceder a la delimitación entre el derecho de reproducción y el de transformación: que la transformación ha de definirse en términos de originalidad, que la reproducción no implica creación de obras idénticas y tampoco multiplicación de ejemplares. Con todo, aún se presentan situaciones en las que es difícil delimitar ambos derechos, de las cuales nos ocuparemos más adelante.

²²⁸ Patricia Mariscal, 184.

²²⁹ *Ibíd.*, 186.

²³⁰ Cristina López Sánchez, 55.

²³¹ Patricia Mariscal, 189.

2.4 Derechos Conexos

Como atinadamente nos explica David Rangel Medina

Existen trabajos de naturaleza intelectual que aun cuando no pueden considerarse una creación en sentido estricto, se asimilan a ella por revelar un esfuerzo del talento que les imprime una individualidad derivada ya sea del conocimiento científico, de la sensibilidad o de la apreciación artística de quien los realiza. Se dice de estos trabajos que son obras consideradas como objeto de los derechos afines al derecho de autor. A estas figuras también se les considera por algunos tratadistas como obras que se protegen por los derechos conexos, análogos, accesorios o correlativos al derecho de autor, o cuasi-derechos de autor²³².

La doctrina comparada suele considerar intérprete a “quien valiéndose de su propia voz, de su cuerpo o de alguna parte de su cuerpo, expresa, da a conocer y trasmite al público una obra literaria o artística. Y ejecutante a quien manejando personalmente un instrumento transmite e interpreta una obra musical”²³³. Se dice también que “ejecución es el acto y efecto de actuar estéticamente una creación del espíritu, y que interpretación es la especie de ejecución especialmente tutelada por el derecho, que es la ejecución calificada por la concepción estética del ejecutante”²³⁴.

Por otro lado, los artistas reclaman el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual amparándose en el mismo hecho que justifica tal reconocimiento para autores, esto es, la «creación» o la «actividad creativa». Los artistas, con su actuación personal, no solo coadyuvan a la creación de la obra, sino que, además, la concretan formalmente, de tal suerte que existe una conexión íntima entre la actuación artística y la propia persona del artista, conexión que supone las importantes variaciones que experimentan las obras cuando cambian los artistas que las interpretan. Es precisamente en este instante cuando se perciben los rasgos de la personalidad dejados por los artistas en las diferentes interpretaciones de las obras. Hasta tal punto es cierto que, con frecuencia, la aportación de los actores compromete más la propia persona que la aportación del autor del guión o

²³² David Rangel Medina, *Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual* (México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992), 92-93.

²³³ *Ibíd.*, 100.

²³⁴ *Ibíd.*

del director-realizador, puesto que el artista compromete también su imagen, en el supuesto de una interpretación audiovisual²³⁵.

Por los motivos anteriores, y otros más, es que nuestra normativa autoral les confiere protección a las interpretaciones y ejecuciones de los artistas, aunque conforme a sus particularidades. De tal suerte, el art. 135 LDA (modificado art. 49 Ley 424-06) establece lo siguiente:

Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- 1) La fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas;
- 2) La reproducción, por cualquier procedimiento y en cualquier forma, de las fijaciones de su interpretación o ejecución;
- 3) La radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida;
- 4) La radiodifusión y distribución al público del original o de los ejemplares que contienen su interpretación o ejecución fijada en un fonograma, mediante venta, alquiler o en cualquier otra forma. (Modificado art. 2 ley 493-06)²³⁶.

Del precepto anterior salta a la vista inmediatamente que entre todas las prerrogativas concedidas a los artistas no figura el derecho de transformación. Lo mismo se verifica en los preceptos que tratan sobre los demás derechos conexos. Existen varias razones para que se diera esta omisión, aunque, ciertamente, todas se fundan atendiendo a la naturaleza de este tipo de manifestaciones y las particularidades del derecho en cuestión.

El derecho de transformación es un derecho propio y exclusivo de los autores o de aquellos sujetos que, sin ser autores, son titulares de derechos sobre obras, ya sea por una cesión *inter vivos* o por haber adquirido estos derechos *mortis causa*. Dicho de otra forma, la obra es el único objeto de propiedad intelectual que genera un derecho de transformación. Ni las interpretaciones y ejecuciones de los artistas intérpretes o

²³⁵ Abel Martín Villarejo, «Comentario al artículo 105», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Coordinador), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 636.

²³⁶ Artículo 135, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor.

ejecutantes (art. 135 LDA), ni los fonogramas ni grabaciones audiovisuales creados por los productores musicales y audiovisuales (art. 141 LDA), ni las emisiones generadas por las entidades de radiodifusión (art. 144 LDA) pueden ser transformadas²³⁷.

La razón la encontramos por la propia definición que el art. 16.16 LDA ofrece de la obra derivada: “aquella que resulta de la adaptación, traducción, arreglo u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación independiente”.

De este precepto podemos extraer varias conclusiones que nos llevan a sostener la imposibilidad de la transformación de cualquier objeto protegido por la propiedad intelectual diferente de la obra.

1). En primer lugar, el precepto se refiere expresamente a la transformación de una obra, y no a la transformación de actuaciones, fonogramas u otros objetos susceptibles de generar derechos de autor²³⁸.

Efectivamente, como nos explica Abel Martín Villarejo,

...el artista es un creador pero no de la obra en su conjunto sino de su interpretación o prestación artística y es en estos contornos –los de su interpretación o ejecución– en los que se ha de buscar con mayor fundamento su reconocimiento como legítimo titular de los derechos intelectuales, tanto patrimoniales como morales²³⁹.

Y es que, desde la concepción primaria del Convenio de Berna, los artistas se sustraían al amparo de las normativas autorales continentales. No fue sino hasta La Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, que gozaron de estatuto propio. Aunque cabe destacar, como nos advierte el Magistrado Alarcón, los derechos morales de los artistas no fueron consagrados en la Convención de Roma, sino en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), en 1996. Así las cosas, la LDA los recoge en su art. 140 de la siguiente manera: “Los artistas intérpretes o ejecutantes

²³⁷ Patricia Mariscal, 164.

²³⁸ Patricia Mariscal, 165.

²³⁹ Abel Martín Villarejo, «Comentario al artículo 105», 633.

tendrán igualmente el derecho moral de vincular su nombre o seudónimo a la interpretación o ejecución y de impedir cualquier deformación de la misma que ponga en peligro su decoro o reputación”²⁴⁰.

Con base en el precepto anterior, se les reconoce a los artistas, por un lado, el denominado «derecho al nombre», que no es más que el derecho que tiene el intérprete o ejecutante a que su nombre sea unido a su interpretación o ejecución; y por otro; el artista puede impedir cualquier modificación, cambio, alteración o mutilación de su interpretación o ejecución, en tanto suponga una laceración de su fama pública y reconocimiento artístico. Esto último, estrechamente vinculado al honor, de ahí su fuerza tuitiva. Y es que el derecho al honor ampara la reputación profesional²⁴¹. Así, para que una alteración o modificación de una prestación sea protegida por el derecho moral del artista, ha de constituir a su vez una lesión del derecho al honor²⁴².

Aunque una aclaración se impone. Esta reputación no es dada en atención a las consideraciones personales e íntimas del propio artista, sino que, necesariamente, ha de basarse en las apreciaciones de los demás, esto es, del público-consumidor que entra en contacto con la interpretación/ejecución y la somete a su escrutinio artístico, lúdico, de cualquier tipo. La connotación social es tal que, particularmente, en el sistema del Copyright se ha elaborado toda una teoría al respecto. Así, como nos cuenta Roberta Rosenthal Kwall, el impacto del "fenómeno de la fama" en el sistema jurídico ha generado una doctrina jurídica, el derecho de publicidad (*right of publicity*), cuya función principal es impedir la explotación comercial no autorizada de celebridades y otras personas²⁴³.

Y es que, como nos explica Pierre Bourdieu, uno de los más connotados sociólogos culturales del siglo XX, “existen pocos actores sociales que dependan tanto como los artistas, y más generalmente los intelectuales, en lo que son y en la imagen que

²⁴⁰ Artículo 140, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor.

²⁴¹ SSTs 31-7-1996, 12-5-1995 ó 24-5-1994, entre otras. [RJ 1996/5575, RJ 1995/4231, RJ 1994/3737].

²⁴² Pilar Cámara Águila, «Comentario al artículo 113», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Coordinador), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 1518.

²⁴³ Roberta Rosenthal Kwall, 111.

tiene de sí mismos de la imagen que los demás tienen de ellos”. Y nos agrega más tarde el mismo autor,

“Existen cualidades –escribe Jean Paul Sartre– que nos llegan solo por los juicios de los demás. Así ocurre con la cualidad de artista, cualidad socialmente definida e inseparable, en cada sociedad y en cada época, de cierta demanda social, con la cual el artista debe contar; así ocurre también, de un modo todavía más evidente, con su renombre artístico, es decir, con la representación que la sociedad se hace del valor y de la verdad de la obra [interpretación/ejecución] de un artista. El artista puede aceptar o repudiar a este personaje que la sociedad le envía, pero no puede ignorarlo: por medio de esta representación social, que tiene la opacidad y la necesidad de un dato de hecho, la sociedad interviene, en el centro mismo del proyecto creador, invistiendo al artista de sus exigencias o sus rechazos, de sus esperanzas o su indiferencia. Independientemente de lo que quiera o haga, el artista debe enfrentar la definición social de su obra, es decir, concretamente, los éxitos o fracasos que esta tiene, las interpretaciones que de ella se dan, la representación social estereotipada y reductora, que de ella se hace el público de los aficionados”²⁴⁴.

Por lo mismo, la Corte distrital de Nueva Jersey consideró el concepto de "valor asociativo" como el corazón de la cuestión. Especialmente, en la medida en que el personaje se ha "asociado" con el actor "que se hace inseparable de la propia imagen pública del actor, el actor obtiene un interés en la imagen" que le permite prevenir la apropiación indebida²⁴⁵. Otros tribunales han seguido un análisis similar en favor de la reputación profesional sólo "cuando se demuestre que las dos personalidades son inseparables en la mente del público"²⁴⁶. Esta visión reconoce que el actor que interpreta al personaje es el vínculo más directo al personaje en la mente del público en aquellos casos en que el "valor asociativo" es alto, aunque otros puedan participar en la presentación del personaje al público.

2). El segundo argumento se desprende también de la propia dicción del art. 16.16 LDA y obedece a la lógica que preside nuestro sistema de protección autoral. El acto transformativo ha de ser llevado a cabo sobre una creación original (la transformación de una obra), y ha de crear a su vez, una nueva obra (resulta de... una obra originaria), lo

²⁴⁴ Pierre Bourdieu, *Campo de Poder, Campo Intelectual. Itinerario de un concepto* (Tucumán: Montessor, 2002), 18.

²⁴⁵ *McFarland v. Miller*, 14 F.3d 912 (3d Cir. 1994), citada por Roberta Rosenthal Kwall, *The Soul of Creativity...*, 117.

²⁴⁶ *Landham v. Lewis Galoob Toys, Inc.*, 227 F.3d 619, 625 (6th Cir. 2000), citada por Roberta Rosenthal Kwall, *The Soul of Creativity...*, 117-118.

que significa incorporar un *plus* de originalidad a la obra que se transforma. ¿Pueden aplicarse estas condiciones a las prestaciones del Título IX (de los derechos afines al derecho de autor) de la LDA? Para responder a dicha interrogante, seguiremos centrados en las interpretaciones y ejecuciones de los artistas, ya que han sido las más controvertidas en lo concerniente a la posibilidad de que sean consideradas como obras originales²⁴⁷.

Las cuestiones a determinar serían dos²⁴⁸. Por un lado, si la originalidad es un atributo predicable de las actuaciones e interpretaciones de los artistas, y, por otro, si esta actividad es capaz de otorgar a una obra el *quantum* de creatividad suficiente como para crear nuevas obras derivadas a partir de aquella. En otras palabras, se trata de determinar si la prestación llevada a cabo por un artista interprete o ejecutante es susceptible de ser transformada y si la propia actividad artística desempeñada por este sujeto es apta para crear nuevas obras.

Ahora bien, como atinadamente nos señala Martín Villarejo, “una cosa es que la actividad artística en la mayor parte de los casos tenga como referente una obra, y otra bien distinta es que para que una interpretación o ejecución artística sea protegida deba derivar o formar parte de una obra en sentido estricto”²⁴⁹.

Y a seguidas continúa diciendo el mismo autor:

La interpretación artística, si cumple los requisitos básicos para su protección (originalidad, exteriorización, etc.) en cuanto creación intelectual, derive o forme parte o no de una obra, será merecedora de protección, e, incluso, constituirá una obra o creación en sí misma²⁵⁰.

Por tanto, el fundamento específico de la protección del artista radica en su consideración de creador intelectual de su propia interpretación.

Consecuentemente, si la actividad artística puede ser considerada como una «creación intelectual», esta deberá reunir los mismos presupuestos exigidos a la actividad

²⁴⁷ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 166-167.

²⁴⁸ *Ibíd.*, 167.

²⁴⁹ La propia Convención de Roma en su art. 9 faculta a los Estados para proteger en sus legislaciones nacionales a «artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas».

²⁵⁰ Abel Martín Villarejo, «Comentario al artículo 105», 634.

autoral en la creación de una obra, en cuanto paradigma de creador intelectual, a saber: creación original y creación exteriorizada²⁵¹. En lo que concierne al requisito de la originalidad, se impone aclarar que, no se asume como novedad o nueva creación, ya que dos artistas podrán interpretar a un mismo papel o personaje; sino que el artista aporta su propia personalidad, dotando al personaje o a la obra en su conjunto de matices y caracteres propios; originalidad subjetiva. Y por lo que se refiere al requisito de la exteriorización, conviene indicar que ello implica que las ideas se expresen de algún modo físico o tangible. El artista empleará elementos personales o personalísimos para exteriorizar su interpretación tales como su imagen física, su voz, sus gestos, etc., y el músico utilizará determinados instrumentos para expresar su versión o interpretación personal de una obra musical²⁵².

Muy de tomarse en cuenta es la corriente que considera que los derechos de los intérpretes son semejantes a los de los autores. Que el intérprete no es un nuevo creador, sino un intermediario, cuya actividad no es una creación autónoma. No es autor ni la suya es obra intelectual nueva. Hay una actividad que no se transfiere, sino que se realiza. El intérprete debe frenar su personalidad creadora para subordinarla a la del autor, porque si da autonomía a su interpretación, deja de ser esta para convertirse en una adaptación, que requiere una autorización especial del autor. El intérprete ideal es el que une la percepción de un mecanismo técnico a un temperamento artístico, pero siempre captando en forma inobjetable el espíritu de las obras. Por tanto, el derecho del intérprete es distinto al del autor, pero similar y conexo con este y de carácter intelectual²⁵³.

En lo que respecta a esta última cuestión, el Reglamento No. 362-021 de 14 de marzo de 2001, para la aplicación de la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor, nos ofrece en su art. 2.2 la siguiente definición de artista intérprete o ejecutante: “Persona que representa, canta, lee, recita, declama, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folklore”. De este precepto se infiere

²⁵¹ Loreto Carreidoira y Alfonso, *La protección de talento. Propiedad intelectual de autores, artistas y productores con especial atención a internet y obras digitales* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012) 59 y ss.

²⁵² Abel Martín Villarejo, «Comentario al artículo 105», 635.

²⁵³ David Rangel Medina, 100-101.

inequívocamente que los artistas no crean obras sino que las interpretan, ejecutan, recitan, declaman, leen, etc. Esto así ya que los artistas intérpretes o ejecutantes no son autores²⁵⁴.

Un caso excepcional es el de los artistas o ejecutantes plásticos, en los que en un mismo sujeto concurren la condición de autor y de ejecutor/interprete de la obra. La creación plástica solo puede materializarse a través de la ejecución, no hay obra sin ejecución, de modo que ambos términos vienen a ser una misma cosa. En estos casos, el elemento original puede recaer sobre la ejecución y, de hecho, muchas obras de este tipo gozan de protección precisamente por la originalidad de la ejecución. Empero, a salvo esta excepción, podemos considerar con carácter general que la actividad que llevan a cabo los artistas no es susceptible de ser calificada como original²⁵⁵.

Si la actividad de los artistas no es de carácter creativo, consecuentemente el objeto –las actuaciones e interpretaciones– carecerá de originalidad. Lo que cabe preguntarse entonces es qué requisitos han de reunir las interpretaciones y demás prestaciones propias de los artistas para ser protegidas como tales y con base en qué criterios va a llevarse a cabo esa tutela jurídica.

Ahora bien, nada impide que un artista pueda realizar una aportación creativa a la obra que interpreta. En ese caso, la labor del artista dejará de ser meramente interpretativa y constituirá una transformación de la obra interpretada. Efectivamente, puede haber ciertas interpretaciones, sobre todo en el campo del jazz y del flamenco, cuya altura creativa sea muy elevada, y constituyan una creación original, ahora sí, sentido objetivo. Muchas veces estas improvisaciones tienen su base en obras anteriores, en cuyo caso podrá hablarse de transformación, para lo que se necesitará el consentimiento del autor de la obra originaria. Pero en otros casos se tratará de creaciones completamente independientes, esto es, su originalidad se verifica en grado excesivo²⁵⁶.

En definitiva, no se considera que la interpretación, la ejecución o la dirección puedan constituir obras derivadas, incluso cuando realmente quepa hablar en términos

²⁵⁴ Patricia Mariscal, 167.

²⁵⁵ *Ibíd.*, 168.

²⁵⁶ Patricia Mariscal, 172.

artísticos de una creación original. Ello resulta más problemático en el caso de la dirección de la representación de obras dramáticas, puesto que, por el contrario, el director de la obra audiovisual sí que tiene la consideración de autor. De ahí que apuntásemos la posibilidad de admitir una obra derivada (con la correspondiente protección de propiedad intelectual) cuando la interpretación, ejecución o dirección lleve aparejada variantes reales y originales con relación a la obra originaria interpretada, ejecutada o dirigida²⁵⁷.

A guisa de colofón, con carácter general, las interpretaciones no pueden ser objeto de transformación, pues no son creaciones originales, ni pueden colaborar a la transformación de una obra, porque no aportan originalidad alguna a la obra que interpretan.

²⁵⁷ Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 11», 192-193.

CAPÍTULO III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS DERIVADAS

3.1 Estructura. Las dos fases de la actividad transformadora

Una vez delineados los contornos del derecho patrimonial de transformación en aquellas zonas de contacto que tiene con otros derechos autorales, es momento de centrarnos enteramente en sus complejidades y esencialidades. Y es que dentro del elenco de obras protegidas bajo el manto del Derecho de Autor, las obras derivadas son las más controvertidas debido a su naturaleza heterogénea, particularidad que dificulta la comprensión de esta figura y que, a su vez, la dota de cierta riqueza entitativa. Esto así ya que una obra derivada es aquella que procede de la transformación de otra preexistente. En este sentido, es posible identificar en la obra derivada tanto elementos reproductivos de la obra originaria, como elementos nuevos. Algo se repite y algo nuevo se aporta. Por ello, como nos recuerda Patricia Mariscal,

...el estudio de la obra derivada puede realizarse desde dos ópticas distintas. Desde el punto de vista del autor de la obra originaria, la creación de la obra derivada constituirá un acto susceptible de vulnerar sus derechos, mientras que desde la perspectiva del autor de la obra derivada ésta constituirá una creación original susceptible de generar nuevos derechos de propiedad intelectual²⁵⁸.

Para desembrollar esta ineludible imbricación de derechos e intereses, es preciso focalizar toda nuestra atención en el parto creativo, esto es, el acto mediante el cual el sujeto-transformador deviene en demiurgo del cosmos autoral y, como acertadamente nos dice el sociólogo de la hipermodernidad Gilles Lipovetsky junto a Jean Serroy, “lanza sobre la obra original una luz que permite verla de un modo inédito”²⁵⁹. Por consiguiente, hemos de ocuparnos del acto transformador desde las dos fases que componen su estructura.

Ciertamente, referirnos a las dos fases en el ejercicio del derecho de transformación nos arrojará mucha luz para descifrar la esencia y estructura de este derecho tan complejo. Como ya hemos dicho con anterioridad, durante el proceso transformativo existen elementos de la obra primigenia que permanecen (fase de

²⁵⁸ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, 153.

²⁵⁹ Gilles Lipovetsky, *La pantala global. Cultura mediática y cine en la era hipermoderna* (Barcelona: Anagrama, 2009), 127.

reproducción) y otros que, a través del acto creativo, cambian, se transforman, originando una obra nueva (fase de transformación en sentido estricto). Sin lugar a dudas, determinar en qué magnitud deben reproducirse los elementos característicos de la obra preexistente y en qué medida deben transmutarse para reparar en que se trata de una verdadera transformación es una de las cuestiones más complejas que propone el análisis del derecho de transformación.

La aclaración de este ámbito transformativo resulta determinante para diferenciar las obras derivadas de otras que, o bien por su falta de originalidad, o bien por el exceso de esta, no puedan catalogarse como tales. En ese sentido, puede decirse, como nos advierte algún autor, que el ámbito de la transformación queda siempre acotado por dos extremos difíciles de fijar que son²⁶⁰, por un lado, el de la mera reproducción y, por otro, el de las creaciones independientes. Los casos en que el acto transformativo no resulte ser lo suficientemente creativo nos encontraremos en el ámbito de la reproducción, y cuando la creación sea tan original que no resulte posible reconocer en ella la obra originaria, se tratará, pues, de una obra independiente. Por consiguiente, veamos cuáles requisitos deben reunirse para configurar el acto transformativo y el despliegue de todos sus efectos jurídicos.

3.1.1 Reproducción de elementos sustanciales

Todo acto de transformación lleva aparejado cierta dosis de reproducción, aun sea indirecta, de la obra primigenia²⁶¹. Y es que, ciertamente, la reproducción constituye siempre un primer estadio de la transformación; como dijimos líneas arriba, algo se repite y algo nuevo se añade. Indefectiblemente, para que pueda hablarse de obras que deriven de otras preexistentes es imprescindible que exista un vínculo entre ellas, una conexión. En otras palabras, para que una obra derivada pueda catalogarse como tal debe poder identificarse en ella la obra de la que procede. De otro modo, estaríamos en presencia de mera inspiración en la que la nueva creación no se encuentra atada a la primera. Las

²⁶⁰ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 64.

²⁶¹ El término reproducción indirecta se refiere a la representación de una obra en un medio distinto de aquel en el que estaba originariamente expresada, según nos explica Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 65.

obras verdaderamente derivadas reproducen elementos de aquellas de las que derivan, y he aquí la razón de ser del inciso “sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originarias...”²⁶² que establece el art. 6 LDA relativo al estatuto de las obras derivadas. Aunque cabe agregar, como advierte algún autor, que la fórmula de ese mismo precepto citado es reversible, y significa también «sin perjuicio de los derechos de autor de la obra derivada»²⁶³. He ahí su autonomía.

Ahora bien, en lo concerniente a cuáles elementos de la obra primigenia deben verificarse en las obras derivadas, *a priori*, podría decirse que aquellos que, de forma aislada o en conexión con otros, dotan de originalidad a la obra transformada. Aunque resulte obvio, se impone aclarar que, la repetición de un elemento que no goce de protección autoral, no creará ningún vínculo jurídico entre las obras que lo recojan. Únicamente la utilización de aquellas partes de una obra que por ser originales estén protegidas por el derecho de autor hace que podamos hablar de obra derivada.

Sin embargo, no todos los elementos integrantes de una obra son –o pueden llegar a ser– originales. A este respecto, se ha de afirmar que la doctrina ha venido sosteniendo, de forma casi unánime, la no protección de las ideas con base en el principio de su «*libre utilización o circulación*», si bien ha sido invocado en distintos sentidos o acepciones.

Por un lado, algunos autores extienden este principio a las ideas una vez exteriorizadas o formalmente expresadas. En este sentido, Bercovitz afirma en principio que, «la libertad de utilización de ideas y conocimientos es esencial para el desarrollo social, cultural, económico y científico. Por ello en la medida en que las mismas son separables de la forma utilizada para su exteriorización, tales ideas y conocimientos carecen de protección jurídica, al menos a través del derecho de autor»²⁶⁴.

Como bien destaca el Magistrado Alarcón, “este requisito de la originalidad, a lo que aspira no es a un monopolio sobre las ideas –de hecho las ideas son libres y no tienen dueño– sino a un verdadero privilegio (*private legis*) del autor sobre la manera peculiar

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 61.

²⁶⁴ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 10”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 159.

que éste tenga de exorcizarlas, expresarlas o transmitir las”. Y más adelante agrega el mismo autor: “La finalidad en general, reconocida al derecho de autor, consiste, por tanto, en proteger la forma en que se hayan exteriorizado las ideas, no su contenido material, ya que la disponibilidad de las mismas es crucial para el desarrollo cultural y científico del colectivo.... Pues, las ideas no son de nadie, sino de quien las dice como nadie”²⁶⁵. De modo que la idea es el origen de la obra, si bien esta no es tal hasta que el creador no plasma dicho pensamiento en algo perceptible por los sentidos²⁶⁶.

Asimismo, otro autor precisa que «es un principio fundamental del derecho de autor que las ideas son en sí mismas de libre uso», ya que es «evidente que todos los autores utilizan un fondo o patrimonio común, y se impone al mismo tiempo como una consecuencia de la libertad de expresión»²⁶⁷.

Aunque todavía más, podría afirmarse, siguiendo a Rodríguez Tapia, que «la investigación y la libre circulación de ideas están protegidas por la Constitución»²⁶⁸. En esa misma línea se pronunció el Tribunal Constitucional español al afirmar que el derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica «no es sino una concreción del derecho a expresar y difundir libremente las ideas y opiniones»²⁶⁹.

Por demás, resulta especialmente clarificador a estos aspectos el artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, de 20 de diciembre de 1996, que establece que “la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”; o el artículo 9.2 del Acuerdo ADPIC: “la protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”.

²⁶⁵ Edynson Alarcón, *Manual de Derecho de Autor Dominicano*, 26.

²⁶⁶ Clara Ruipérez Azcárate, *Las obras del espíritu y su originalidad*, (Madrid: Reus, 2012), 18.

²⁶⁷ José Antonio Valbuena Gutiérrez, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, (Granada: Editorial Comares, 2000), 169.

²⁶⁸ José Miguel Rodríguez Tapia, “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 102.

²⁶⁹ STC 153 / 1985, de 7 de noviembre.

En el ámbito del derecho comparado, el art. 1.2 del código portugués de Derechos de Autor y Derechos Conexos de 1985 también dispone que «las ideas, los procesos, los sistemas, los métodos operacionales, los principios o los descubrimientos no son, por sí en cuanto tales, protegibles en los términos de este código». De igual forma, también es de destacar el artículo 102 b) de la *Copyright Act* americana. Dice literalmente en su artículo que “en ningún caso la protección del copyright sobre obras originales se extenderá a las ideas, procedimientos, procesos, sistemas, métodos, conceptos, principios o descubrimientos, de forma independiente a la forma en que éstos vienen descritos, explicados o ilustrados dentro de tales obras”²⁷⁰.

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 7 LDA establece lo siguiente: “Esta ley protege exclusivamente la forma como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, artísticas o científicas, pero no las ideas, los procedimientos, los métodos de operación o los métodos matemáticos en sí”.

En resumidas cuentas, las ideas en sí mismas se sustraen al amparo de la ley. Para que puedan gozar de protección, necesariamente, han de ser expresadas mediante cualquier forma que las haga perceptibles por los sentidos y devengan en originales.

Ahora bien, llegados a este punto, es oportuno destacar que si bien la originalidad es un requisito sine qua non que debe cumplirse en cualquier creación intelectual para ser protegida como obra por el derecho de autor, no existe una posición común en la doctrina en torno a qué ha de entenderse por originalidad. En efecto, se trata de uno de los aspectos más polémicos en el Derecho de Autor, y ha contribuido a que sea así el hecho de que ninguna ley de propiedad intelectual ofrece una definición de originalidad. Como

²⁷⁰ También excluyen de forma expresa la protección de las ideas la Ley argentina (artículo 1 de la Ley 25-036, de Derecho de Autor, de 11 de noviembre de 1998), la de Ecuador (artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, de 8 de noviembre de 1998), la de Camerún (Ley 2000/011 de Derecho de Autor, de 19 de noviembre de 2000), la de Guatemala (artículo 24 de la Ley de Derecho de Autor de 19 de mayo de 1998), la de Irlanda (artículo 17.3 de la Copyright and related rights Act, de 10 de julio de 2000) o la de Eslovenia (artículo 9.1 de la Ley de Derecho de Autor, de 3 de marzo de 1995), entre otras.

ha señalado algún autor, el problema principal que presenta este requisito legal es que el término, además de no ser jurídico, es equívoco y ambivalente²⁷¹.

La ausencia de una definición legal de originalidad hace que tengamos que acudir a la jurisprudencia y a la doctrina para intentar determinar los criterios que deben aplicarse en el examen concreto de la originalidad de una creación²⁷²

Tradicionalmente han existido dos perspectivas contrapuestas desde las que se ha entendido la originalidad: un punto de vista objetivo y otro subjetivo. En cuanto a la primera postura, la originalidad en sentido objetivo, como sinónimo de novedad, equivale a decir que no se ha creado nunca antes una obra igual a ella y que, por lo tanto, no es conocida por la generalidad. Se puede constatar que la exigencia de originalidad, desde este punto de vista, estaría cerca al requisito de novedad que las leyes exigen para la protección de las invenciones industriales. En cambio, desde el prisma de la originalidad como un concepto esencialmente subjetivo, para que una obra sea considerada como tal solo será preciso que sea propia de su autor, que consista en una expresión de su personalidad, que no haya sido copiada. Nuestra Ley 65-00 nada dice acerca del carácter objetivo o subjetivo de la originalidad. Por consiguiente, debemos acudir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia para esclarecer esta cuestión.

Por su parte, señala Juana Marco Molina que el principal problema que plantea la determinación del carácter original de la obra derivada es que, hasta cierto punto, obliga a formular juicios de valor sobre el mérito o calidad de la obra y eso es algo que, en principio, casi todas las regulaciones de la propiedad intelectual se resisten a hacer²⁷³. No obstante, debiera exigirse al objeto que pretenda ser protegido como una obra un determinado índice de altura creativa, por elemental que sea, que radica en la exigencia de originalidad del tipo que fuere. Veamos cada doctrina, pues.

²⁷¹ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 70.

²⁷² Clara Ruipérez Azcárate, *Las obras del espíritu y su originalidad*, 37.

²⁷³ Juana Marco Molina, *La formación del concepto de Derecho de Autor y la originalidad de su objeto*, en Agustín Macías Castillo y Miguel Ángel Hernández Robledo (Coordinadores), *El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías, Reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de Propiedad Intelectual* (Madrid: La Ley, 2008), 307.

Los partidarios de la teoría objetiva mantienen que la obra intelectual ha de aportar novedad para ser objeto de protección mediante derechos de autor. Así, se manifiestan algunos autores al señalar que la obra resultante ha de producir un «*novum*», es decir, que resulte original o novedosa. Respecto a esta teoría se han apuntalado como inconsistencias en que se sostiene, la indeterminación del grado de novedad exigible que, además, será diferente para cada tipo de obra, y del sujeto que haya de apreciarlo. También, en nuestro interés particular para los fines de esta Memoria Final, que el criterio de originalidad objetiva tiene difícil encaje en el campo de las obras derivadas; en la medida en que estas parten de otras preexistentes, no podrá predicarse de ellas el carácter de novedosas.

Sin embargo, algún autor matiza esta cuestión y esclarece las dificultades cuando nos indica que, “la defensa de un criterio objetivo de originalidad no implica la exigencia de novedad absoluta. Nadie que defienda un criterio objetivo de originalidad puede razonablemente pretender que las obras sean completamente novedosas. Ni siquiera las obras independientes lo son. Lo que se exigirá será que la obra derivada presente algún tipo de novedad respecto de aquella de la que procede. Así, derivación y novedad no son términos incompatibles”²⁷⁴.

En contraposición con lo anterior, José Antonio Valbuena Gutiérrez nos advierte lo siguiente:

Los distintos autores que defienden la teoría subjetiva configuran la originalidad como el reflejo de la personalidad que cada autor, como consecuencia de no copias creaciones preexistentes, plasma en sus obras, es decir, se tiene como punto de referencia al sujeto de la creación, a su aportación individual o impronta personal, y ello con independencia de que el resultado alcanzado sea o no nuevo para la sociedad (novedad objetiva)²⁷⁵.

Sin embargo, la interpretación del requisito de originalidad en sentido subjetivo presenta el inconveniente de que no toda obra tiene posibilidades, ni por su contenido ni por el margen de libertad creativa de que dispone en ella el autor, que es reducido en el

²⁷⁴ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 79.

²⁷⁵ José Antonio Valbuena Gutiérrez, 281.

caso de las obras aplicadas o creadas al servicio de una finalidad práctica, de poner de manifiesto la personalidad del autor²⁷⁶.

Sea como fuere, la jurisprudencia ha tomado uno u otro criterio para decidir sobre controversias que se suscitan en materia de Derecho de Autor. Así, como bien ha establecido la jurisprudencia Peruana:

El requisito de originalidad o individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor. En consecuencia, lo que ya forma parte del patrimonio cultural –artístico, científico o literario- no puede ser individual. Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, de las rutinarias. Tampoco puede decirse que una creación es original si la forma de expresión se deriva de la naturaleza de las cosas o es una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas o por lógica o si la forma de expresión se reduce a una simple técnica que sólo requiere de la habilidad manual para su ejecución. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original o individual²⁷⁷.

Pero cabe destacar que:

El requisito de originalidad o individualidad no solo sirve para determinar qué cosa es una obra y qué no, sino también para determinar el alcance de la protección del derecho de autor. Solo se protege contra plagio aquella parte de la obra que refleje la individualidad del autor²⁷⁸.

Y más adelante se puede verificar en la misma jurisprudencia el siguiente criterio:

Ahora bien, la determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el derecho de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena²⁷⁹.

Ya que, a decir de García López, las ideas utilizadas en la obra pueden ser viejas, y sin embargo, la obra puede ser original²⁸⁰. Por consiguiente, para apreciar la originalidad de una obra audiovisual, es necesario no equiparar el concepto de

²⁷⁶ Juana Marco Molina, *La formación del concepto de Derecho de Autor...*, 308.

²⁷⁷ Resolución No. 243-2001/TPI-INDECOPI, de 26-3-2001.

²⁷⁸ Resolución No. 243-2001/TPI-INDECOPI, de 26-3-2001.

²⁷⁹ Resolución No. 243-2001/TPI-INDECOPI del 26-3-2001.

²⁸⁰ GARCÍA-LÓPEZ, Arturo Ancona. *El derecho de autor en la obra audiovisual*. Editorial Porrúa. México, 2012, p. 69.

originalidad con el de novedad, por cuanto una creación no novedosa, puede cumplir el requisito necesario para ser considerada una obra protegida por el derecho de autor²⁸¹.

Y es que:

Lo que protege la regulación de las obras derivadas en la Ley de Propiedad Intelectual es la apropiación de determinados elementos de la obra, protegidos por el derecho de autor, para elaborar una obra diferente. Entre esos elementos pueden encontrarse el argumento, el guión, la banda sonora. Determinadas escenas rodadas por el director, etc. Si estos elementos se aprovechan para una obra posterior, transformándolos bien mediante una adaptación, bien mediante un extracto, existe una transformación [...] y la obra posterior, en la que se han utilizado esos elementos, es una obra derivada [...], por lo que quienes tengan derechos de autor sobre esos elementos de la obra anterior tendrán los derechos morales y económicos que la Ley de Propiedad Intelectual les concede²⁸².

En conclusión, independientemente del criterio adoptado, ya que la legislación no se inclina por ninguno, puede sostenerse que para que la transformación sobre una obra pueda operarse han de reproducirse aquellos elementos de la obra originaria que sean originales y que gocen de la suficiente concreción para ser merecedores de protección por el derecho de autor.

3.1.1.1 Similitud sustancial o reconocibilidad

Para poder hablar de derivación deben reproducirse en la obra posterior aquellos elementos que constituyan la representación externa de un determinado contenido y que estén dotados de la suficiente altura creativa como para aportar originalidad al conjunto de la obra. Obviamente, no es necesario que se tomen de la obra originaria todos los elementos que gocen de protección y se reproduzcan en la nueva obra. Antes bien, bastará con la reproducción de un número suficiente de elementos que permita establecer una conexión entre la obra originaria y la derivada²⁸³.

De lo que se trata, como nos explica Patricia Mariscal, es de cumplir con el requisito mínimo de la reconocibilidad, esto es, que la obra originaria pueda ser

²⁸¹ Resolución No. 000111-1999/ODA-INDECOPI del 21-5-1999.

²⁸² Sentencia 107/2007. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª del 10-5-2007.

²⁸³ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 97.

reconocida en aquella resultante de la transformación, lo que implica que entre ambas obras se dé una similitud sustancial²⁸⁴.

El análisis económico sugiere la siguiente prueba de este estándar de similitud sustancial: una obra sería sustancialmente similar a una previa si constituiría un sustituto cercano, en el mercado, por el aspecto expresivo de la obra y, por lo tanto, reduciría considerablemente la demanda del trabajo²⁸⁵. No obstante, se ha precisado como regla que la similitud sustancial puede darse de diversas maneras. En primer lugar, el parecido podría determinarse atendiendo a la coincidencia en un número elevado de elementos entre las dos obras. Ciertamente se trata de un análisis de tipo cuantitativo, esto es, cuantos más elementos sean tomados de la obra originaria mayor posibilidad habrá de establecer un vínculo entre las dos obras²⁸⁶.

Empero, una parcela doctrinaria y jurisprudencial considera insuficiente esta primera aproximación, y exigirán que entre las obras en liza se dé, además, “una misma impresión de conjunto”, que es lo que la doctrina y la jurisprudencia anglosajona ha llamado el “*total concept and feel*”²⁸⁷. En este sentido, la identidad de diferentes elementos de las obras no ha de predeterminar la identidad entre ellas si no se da además una identidad global. Suele ser un criterio muy útil cuando los elementos que se toman de la obra primigenia han sufrido un alto grado de transformación, lo cual sucede cuando la obra originaria y la supuestamente derivada pertenecen a géneros distintos (como cuando se adapta una novela al cine), o cuando las similitudes se dan en elementos estructurales u organizativos de las obras, no tan evidentes como las que afectan a la forma externa²⁸⁸.

Con todo, en reiteradas ocasiones estos dos criterios de “*substantial similarity*” y “*total concept and feel*” han sido aplicados conjuntamente, dentro de lo que se ha llamado el “test de la similitud sustancial”²⁸⁹. Básicamente, este test se da a dos niveles: extrínsecamente e intrínsecamente. La prueba extrínseca considera si dos obras

²⁸⁴ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 98.

²⁸⁵ William Landes and Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property*, 89.

²⁸⁶ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 98.

²⁸⁷ Neil Weinstock Natanel, *Copyright's Paradox*, 60 y 196.

²⁸⁸ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 99.

²⁸⁹ Neil Weinstock Natanel, *Copyright's Paradox*, 59-62.

comparten una similitud de ideas y expresiones medidas por criterios externos y objetivos. El extrínseco requiere "disección analítica de una obra y suele sustentarse en el testimonio de expertos". La "disección analítica" requiere descomponer las obras "en sus elementos constituyentes, y comparar esos elementos con la prueba de la reproducción, medida por 'similitud sustancial'". Debido a que el requisito es de una similitud sustancial con los elementos protegidos, es esencial distinguir entre aquellos elementos protegidos y los que se sustraen al manto tuitivo del sistema autoral²⁹⁰.

Una vez determinada la similitud objetivamente, por lo general, orientándose por la opinión de expertos independientes que partieron de elementos extrínsecos, el tribunal acude a un criterio de carácter subjetivo (*subjective intrinsic inquiry*), y se sustenta en la percepción global que cualquier observador razonable, normalmente escogido de entre el público al que la obra va destinada, pueda tener al enfrentarse a las obras en conflicto²⁹¹. Por lo tanto, en esta segunda etapa una prueba apropiada también debe considerar la evidencia relacionada con las percepciones del espectador razonable, personas no expertas, toda vez que cobra más importancia la impresión de conjunto que se desprenda de cada obra y no tanto la comparación detallada de cada uno de los elementos integrantes de las mismas.

Como señaló el juez Newman en su renombrada disidencia en *Carol Barnhart Inc. contra Economy Cover Corp.*:

..."el observador normal y razonable" es un buen estándar y de hecho se le ha encomendado"que decida otras cuestiones conceptuales en derecho de autor, como, por ejemplo, si una obra presuntamente infractora tiene una semejanza sustancial con una obra protegida por derechos de autor²⁹².

La ventaja de aplicar la "prueba de la similitud sustancial" es que liberaría a los tribunales de tener que determinar unilateralmente la naturaleza y la significación del mensaje de un nuevo creador. En lugar de ello, el tribunal determinaría si, basándose en la narración del autor, el proceso de creación refleja la originalidad aumentada con una

²⁹⁰ Julie E. Cohen, Lydia Pallas Loren, Ruth L. Okediji and Maureen A. O'Rourke, *Copyright in a Global Information Economy*, Third Edition (New York: Aspen Publishers, 2010), 329.

²⁹¹ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 100.

²⁹² Roberta Rosenthal Kwall, *The Soul of Creativity...*, 83. [Énfasis del autor].

creatividad sustancial en la promoción del significado y mensaje articulados del autor²⁹³. Esto, obviamente, para evitar infracción.

Sea como fuere, la cuestión de similitud sustancial es una cuestión de hecho. Aunque es fácil de afirmar, la similitud sustancial ha resultado ser bastante difícil de aplicar, en parte porque la similitud es también pertinente para la cuestión limítrofe de la copia de hecho. Cuando nos referimos a una "similitud sustancial", estamos discutiendo un nivel de "uniformidad" entre las obras que apoya una constatación de infracción²⁹⁴.

Entre ese y otros motivos han dado pábulo a una tercera forma en que la obra originaria puede ser reconocida y, por tanto, vinculada a la derivada. La doctrina americana se refiere a ella como "*striking similarity*" y engloba aquellos supuestos en los que se reproduce un único elemento de la obra originaria pero que goza de un alto grado de distinción o singularidad. En este caso no es tan importante el número de elementos reproducidos como la calidad de los mismos²⁹⁵. En algunos casos, la similitud chocante o *striking similarity* se da entre elementos tan característicos o singulares que pueden llegar a gozar de protección autónoma dentro de una obra determinada. Tal es el supuesto de los llamados *spin-off* cinematográficos y televisivos, que tienen lugar cuando, a partir de un personaje de una película o de una serie, se crea otra completamente distinta.

La cuestión que se plantea en esto supuestos es si la extracción de estos elementos y su reproducción en una obra posterior suponen, además de la reproducción parcial de la obra primigenia y la transformación del elemento concreto que se toma, una transformación de esta en su globalidad. Por consiguiente, se puede resaltar siguiendo a Patricia Mariscal, el criterio adecuado para determinar si hay o no transformación en este tipo de supuestos será el de mayor o menor grado de distinción del elemento reproducido y su capacidad para provocar una asociación entre las dos obras en su conjunto²⁹⁶.

²⁹³ Roberta Rosenthal Kwall, *The Soul of Creativity...*, 83.

²⁹⁴ Julie E. Cohen, Lydia Pallas Loren, Ruth L. Okediji and Maureen A. O'Rourke, *Copyright in a Global Information Economy*, Third Edition (New York: Aspen Publishers, 2010), 303.

²⁹⁵ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 101.

²⁹⁶ *Ibíd.*, 103.

A grandes rasgos estos son algunos de los criterios confeccionados en el sistema copyright para determinar con cierta precisión la similitud sustancial entre dos obras. Entendemos que, dado el escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinario al respecto en el sistema continental, nos resultan esclarecedores y útiles. Empero, hay que resaltar nuevamente que se trata de una cuestión de hecho, por ende, no pueden asumirse estos criterios como formulas infalibles y sacramentales. La particularidad del caso y la naturaleza de las obras compulsadas dictarán el análisis más idóneo a ser implementado. Aún así, existen ciertas dificultades en la verificación de esta necesaria reproducción, ya que en muchos casos puede tratarse de una acción plagiaaria, dada la delgada línea que separa esta figura de la derivada. A continuación trataremos sucintamente la forma de delinear los contornos de este supuesto.

3.1.1.2 Plagio por transformación de la obra anterior

En esa ineludible reproducción de los elementos sustanciales de una obra preexistente, como primer estadio al momento de realizar la transformación, hay que manejarse con cautela para no despeñarse en los vidriosos mosaicos de la reproducción ilícita; por decirlo más simple, no reproducir más de lo sustancial, o bien reproducirlo inadecuadamente.

Y es que, como ya hemos indicado en reiteradas ocasiones, una de las cuestiones fundamentales que se suscitan en torno a la obra derivada es precisamente la originalidad y creatividad de la misma frente a la obra primigenia de la que procede. Es frecuente que una obra nos recuerde a otra anterior, que hallemos vínculos o coincidencias entre ellas, tomando en cuenta que todas parten de un bagaje cultural común. En consecuencia, como nos advierte Temiño Ceniceros, es factible que al comparar dos creaciones surjan zonas grises que dificulten determinar si las coincidencias son fruto de un tributo, una imitación, una simple inspiración, una influencia artística, o un verdadero plagio²⁹⁷. Ante semejante elenco de posibilidades, se debe profundizar ahora en la relación entre la originalidad y el concepto de plagio para obtener conclusiones que permitan optar, bien

²⁹⁷ Ignacio Temiño Ceniceros, *El plagio en el Derecho de Autor* (Pamplona: Civitas, 2015), 118.

por este último o bien por la vía de la obra derivada. En otras palabras, conviene analizar si plagio y transformación se pueden llegar a producir coetáneamente.

Si bien resulta relativamente sencillo percibir que una obra se inspira en otra, no lo es en absoluto determinar si se está ante un hecho ilícito sancionable por traspasarse la frontera de la mera inspiración para tomar elementos sustanciales de otra creación preexistente, modificando solamente elementos expresivos o formales. En estos casos, se podrá estimar la existencia de un plagio o bien el de la infracción del derecho patrimonial de transformación.

Es llamativo observar que el plagio, aunque constituye un término de general conocimiento y de habitual uso en la práctica, tanto por la doctrina como por los órganos jurisdiccionales, no está determinado por las diferentes normativas autorales. En efecto, ninguna norma determina lo que es el plagio²⁹⁸, aunque la consideración del mismo es generalmente conocida e incluso intuitiva: la apropiación de algo ajeno que se reclama como propio. Para aclarar un poco la cuestión, acudimos al Glosario de la OMPI que nos ofrece la siguiente definición de plagio:

[...] el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados. La persona que esto hace recibe el nombre de plagiario; es culpable de impostura y, en el caso de obras protegidas por derecho de autor, lo es también de infracción del derecho de autor. No ha de confundirse el plagio con la libre utilización de meras ideas o métodos de creación tomados de otra obra al crear una nueva obra original. Por otra parte, se entiende generalmente que el plagio no se restringe a casos de similitud formal; hacer accesible al público una obra que es una adaptación del contenido de obras de otros en nuevas formas de expresión artística o literaria y transmitirla como si fuera una obra original propia también es plagio, siempre que el contenido así adaptado no forme parte de una herencia cultural conocida²⁹⁹.

En ese mismo orden de ideas, para esclarecer la definición anterior, acudimos a Antonio Agúndez Fernández, quien de manera más sencilla nos define el plagio como: «el acto de copiar sustancialmente una obra ajena, literaria, artística o científica, en todo o en parte, dándola a conocimiento de las demás personas como propia, que es

²⁹⁸ Rafael Sánchez Arísti considera que la cierta confusión en cuanto al sentido concreto y particular sobre la figura del plagio, y consecuente falta de definición, quizá, viene motivada por la inexistencia de un equivalente pacífico en español del término francés *contrefaçon* que es el que ha sido empleado por los diversos ordenamientos jurídicos para aludir a los casos de violación de los derechos de autor.

²⁹⁹ Gisela Pérez Fuentes y Karla Cantorral Domínguez, *Formatos televisivos y derechos de autor*, 75.

usurpación de la paternidad, y ocasionando el autor plagiado daños y perjuicios morales y patrimoniales»³⁰⁰.

De la definición anterior se desprenden los presupuestos necesarios para apreciar la existencia del plagio y las consecuencias que genera. Sobre este último aspecto, existe unanimidad al considerar que el plagio ocasiona un triple atentado: de un lado se conculca el derecho moral del autor –la autoría–, de otro también se atenta contra su derecho patrimonial (reproducción o transformación) y, por último, se conculca igualmente el interés público, en tanto que la obra plagiada, por no ser original, constituye un engaño para el consumidor³⁰¹.

Siguiendo al autor anterior, interesa el concepto de plagio siguiente: «dar por propio el trabajo ajeno desfigurado». Se puede percibir que dicho autor no se limita a la mera suplantación de la personalidad del autor de la obra primigenia, ni tampoco limita las formas en que dicha obra plagiada se utiliza e introduce un matiz, la desfiguración de la obra ajena, con lo que ya no se trata de una mera reproducción o copia servil, sino que incide en lo que constituye la esencia del límite del derecho de transformación, debe imitarse la obra preexistente y para ello se efectúan modificaciones o transformaciones de la misma³⁰².

De manera similar, ya lo señalaba algún autor que en el plagio hay un enfrentamiento entre dos obras intelectuales: una, que se afirma original; y otra, que se constituye en una copia o reproducción parcial de la primera, en cuyo caso generalmente la obra original es sometida a un sofisticado proceso de deformación³⁰³.

Cabe destacar que a menudo los actos de plagio son parciales y en otras ocasiones tratan de ocultarse con maniobras de reelaboración «cosmética» que pretenden esconder el fraude. A este respecto, son paradigmáticas las palabras de Alejandro González Gómez quien al tratar la falta de criminalización de la transformación no autorizada, nos recuerda que parte de la doctrina la considera incluida en la tipificación penal del plagio. En esta

³⁰⁰ Antonio Agúndez Fernández, *Estudio jurídico del plagio literario* (Granada: Comares, 2005), 44-45.

³⁰¹ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 303.

³⁰² Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 303.

³⁰³ Gisela Pérez Fuentes y Karla Cantorral Domínguez, *Formatos televisivos y derechos de autor*, 75.

misma línea de razón nos ofrece una apreciación también correcta sobre las diferencias de una y otra figura cuando postula que es cierto que ambas tienen un punto común de partida: la creación precedente. Sin embargo, el método y, sobre todo, el resultado final son totalmente diversos. Concluye este autor afirmando que el plagio no modifica o adapta la forma de la obra preexistente para dar origen a una nueva creación, sino simplemente toma, desfigurándola a veces burdamente y otras con habilidad, la sustancia de una obra y le da un giro o toque personal³⁰⁴.

Y es que la incorporación puede en algunos casos producirse por una transformación o adaptación de los argumentos, caracteres o rasgos definitorios y estructurales de una obra en otra. De ahí que el plagio sea ilícito puesto que, si no se trata de un caso grosero, el plagio suele revestirse de cierto maquillaje que trata de encubrir, no siempre con éxito, los argumentos tomados de otra obra. Esto es realmente lo que suele constituir objeto de plagio, dado que la reproducción literal queda solo para los casos más torpes. Puede, no obstante, considerarse que la novedad plagiaría es una transformación de la novela plagiada³⁰⁵.

Hay quienes consideran que el plagio puede ser tanto por vía de reproducción como de transformación, en función de las circunstancias que rodean los actos del plagio, de modo que si no se limita a copiar sino que altera la obra ajena antes de llevar a cabo la reproducción, entonces se trataría de una vulneración del derecho de transformación. Por el contrario, otros autores asocian la transformación con un acto creativo, lo cual excluiría la posibilidad de un plagio (no hay usurpación de autoría), implicando siempre el nacimiento de una obra derivada. Otros autores también aceptan la posibilidad del plagio por transformación cuando afirman que su encuadramiento legal como infracción civil se sitúa en el ámbito de la violación del derecho moral, y de la infracción de los derechos de reproducción o de transformación³⁰⁶.

Por demás, hay quien defiende que el plagio es una conducta mixta de reproducción o transformación in consentida y de negación del derecho de paternidad. En

³⁰⁴ Ignacio Temiño Cenicerros, *El plagio en el Derecho de Autor*, 118.

³⁰⁵ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), "Comentario al artículo 9", 146.

³⁰⁶ Ignacio Temiño Cenicerros, *El plagio en el Derecho de Autor*, 118-119.

coherencia con esta postura, la obra resultante del plagio nunca será obra original, o carecerá de originalidad suficiente para quedar protegida por el ordenamiento jurídico, si quiera como obra derivada. A pesar de lo anterior, la famosa STS 28 de enero de 1995³⁰⁷ parece admitir la posibilidad del plagio por transformación, cuando nos dice que “la determinación del plagio exige corroborar la existencia de una copia que afecte a parte sustancial de una obra ajena, no descartándose por el hecho de que el plagiador haya introducido algunas alteraciones secundarias”. Como nos revela el mismo Temiño Ceniceros, sería interesante observar como este matiz, trasladado a las obras musicales y en particular a la transformación mediante arreglos, puede dar lugar a veces a plagios y otras no³⁰⁸.

Por su parte, Antonio Galacho Abolafio, al comentar la obra derivada musical, opta por el análisis individual y sostiene que deberá valorarse si las modificaciones operadas suponen una verdadera aportación como para considerar la obra posterior como una verdadera obra nueva, simplemente basada en la anterior. Para ello, será necesario que la transformación resulte tanto de los elementos internos como externos de la obra pretérita. Debe aceptarse por tanto un concepto de plagio lo suficientemente amplio como para perseguir los supuestos donde se ha hecho uso no tanto del derecho de reproducción como el de transformación³⁰⁹.

La Audiencia Provincial de Barcelona ha defendido expresamente la separación de estas figuras en su sentencia del 21 de junio de 2011 (AC 2011, 1998) sobre el caso «Me gustas tú», que enfrentó al popular artista Manu Chao, con la editora del periódico ADN. Esta última había usado en una campaña publicitaria una versión musical basada en la canción de este autor, quien antes había denegado el permiso para su uso «modificado», en la forma precisa en la que luego se lanzó la campaña televisiva. Aunque el Juzgado de lo Mercantil inicialmente decidió a favor del demandante bajo el razonamiento de que el spot «evoca y recuerda la canción del actor» (lo cual es innegable si se escuchan ambos temas), en apelación, la Audiencia cambió este criterio. Según los

³⁰⁷ Tribunal Supremo español, sentencia de 28 de enero de 1995, RJ 1995, 387.

³⁰⁸ Ignacio Temiño Ceniceros, *El plagio en el Derecho de Autor*, 119.120.

³⁰⁹ Antonio Francisco Galacho Abolafio, *La obra derivada musical...*, 438 y 462.

fundamentos de la Sala, al reconocerse que el fondo musical del spot es una composición musical original, se está estimando que en verdad hay una transformación de la obra del actor que da lugar a una derivada diferente, por lo que a lo sumo, existiría una transformación no autorizada o, lo que es lo mismo, una infracción de derechos de explotación, pero no una vulneración del derecho moral. Más adelante, se afirma que la violación del derecho moral comporta la apreciación de que se trata de una misma obra, deformada o alterada, y no de una nueva obra y distinta³¹⁰.

Como pudimos estudiar en líneas anteriores, la transformación, lo mismo que el plagio, es un concepto jurídico de difícil determinación, y el legislador dominicano se limita a indicar en el 16.16 LDA que, el resultado de la transformación, esto es, la obra derivada, comprende «aquella que resulta de la traducción, adaptación, arreglo o cualquier transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación independiente». Precisamente, una de las dos diferencias principales entre la transformación ilícita y el plagio se encierra en esta escueta definición *ex lege*. Como se puede observar, la transformación puede conllevar el nacimiento de una obra diferente, que podrá ser objeto de tutela si, a su vez, está dotada de una originalidad propia y suficiente que le cualifique para ello. En los casos de plagio, aunque exista originalidad en la manipulación de la obra anterior tendente al ocultamiento (o no), lo cierto es que en la obra plagaria siempre podrá encontrarse la esencia y las notas más caracterizadoras y definitorias de la obra precedente desprovistas de novedad que la individualice y diferencie sobre la anterior. Sin embargo, cabe destacar, como nos advierte Temiño Cenicerros, el hecho de que se perciba que no es la misma obra, no deberá ser síntoma indefectible de individualidad nueva y propia. Tampoco existe incompatibilidad absoluta entre plagio y obra derivada, puesto que la obra plagaria puede contener fragmentos nuevos que sí sean originales y al mismo tiempo ser un plagio parcial de la anterior en los pasajes que ha prestado sin permiso³¹¹.

Por demás, el Tribunal Supremo alemán (*BGH-Bundesgerichtshof*), matizó en el caso del largometraje «La hija de Lara» (declarado plagio de «Dr. Zhivago») que persiste

³¹⁰ Ignacio Temiño Cenicerros, *El plagio en el Derecho de Autor*, 120-121.

³¹¹ Ignacio Temiño Cenicerros, *El plagio en el Derecho de Autor*, 122.

plagio cuando las características personales de la obra precedente no se han desvanecido en la nueva³¹². Fue en este caso donde el BGH marcó la pauta de interpretación del artículo 24 de su Ley sobre la «*Freie Benutzung*» (libertad de uso). No obstante, al amparo de ese mismo precepto, cuando las notas personales han sido modificadas hasta tener entidad propia nueva e independiente, la obra resultante será susceptible de protección y el trabajo se considerará una creación lícita independiente. Ello no implica necesariamente que no pueda verse vulnerado el derecho de transformación de la obra anterior. Para la Corte de Casación francesa el criterio es similar, pudiendo persistir el plagio a pesar de un cambio de género, si la obra original es reconocida en la posterior. Aplicando este razonamiento, condenó en el año 2013 por plagio de una novela a una productora de televisión³¹³.

Con todo, la otra diferencia que crea la línea divisoria entre ambas conductas reside en la ocultación de la autoría y a veces hasta de la existencia de la obra previa. En los casos de plagio, es nota característica que el plagiador haga creer a quien presencia su obra que él es autor de todo aquello que presenta (con excepción de lo que reconozca como ajeno en ejercicio del derecho de cita). No es suficiente a tal fin el hecho de reconocer la obra precedente o a su autor en el apartado de bibliografía o agradecimientos que contienen los formatos impresos de las obras musicales, literarias, etc., ya que ello no rompería el error en la atribución de la autoría³¹⁴.

Tal parece ser ese el espíritu del legislador dominicano, máxime cuando establece el requisito del reconocimiento de la autoría de la obra primigenia al momento de realizar la derivación. Pues, el artículo 6 LDA y su párrafo se pronuncian en los siguientes términos:

Están protegidas como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originarias y en cuanto constituyan una creación original:

1) Las traducciones, adaptaciones, arreglos y demás transformaciones originales realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización expresa del titular del derecho sobre la obra originaria;

³¹² Tribunal Supremo alemán [*Bundesgerichtshof*], de 29 de abril de 1999.

³¹³ Corte de Casación francesa, sentencia de 2 de octubre de 2013. Citada por Ignacio Temiño Cenicerros, *El plagio en el Derecho de Autor*, 122-123.

³¹⁴ Ignacio Temiño Cenicerros, *El plagio en el Derecho de Autor*, 123.

2) Las colecciones de obras literarias o artísticas, tales como las enciclopedias y antologías, y otras de similar naturaleza, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales.

Párrafo.- Al publicar o divulgar las obras a que se refiere este artículo deberán citarse el nombre o seudónimo del autor o autores y el título de las obras originarias que fueron utilizadas³¹⁵.

Como se puede apreciar con claridad, nuestra normativa autoral exige como requisito insalvable que a la hora de ejercitar el derecho patrimonial de transformación y, por ende, concebir una obra derivada, debe reconocerse la autoría de la obra primigenia. De otro modo devendrá en una usurpación de identidad con ribetes plagarios; acto ilícito censurado por la propia ley.

Sea como fuere, cabe resaltar para que no haya confusión al respecto: en los casos de transformación ilícita la usurpación de la paternidad no es constitutiva de la antijuridicidad del acto. El elemento determinante de la ilicitud es la ausencia de autorización del titular del derecho para realizar la modificación de la obra anterior, sea vía traducción, arreglo, sincronización o cualquier otra forma de transformación o mutilación. Es comprensible que parte de la doctrina vincule ambas conductas e incluso las trate de comprimir en el mismo tipo de ilícito, ya que a menudo, aunque no siempre ni necesariamente, el plagio incluye actos modificativos que atentan contra la integridad de la obra; actos que en algunos casos pueden llegar a confundirse con transformaciones no autorizadas (cuando solo son una copia o reproducción camuflada), y en otros casos, conlleva en efecto una verdadera violación del derecho de transformación, además del derecho moral a la integridad de la obra³¹⁶.

Con todo, es oportuno señalar, conforme estableció en su momento la STS 28 de enero de 1995, la línea que marca la diferencia entre quedarse en el ámbito de la acción plagaria, o saltar al ámbito de la mera transformación ilícita (sin considerarse que se ha usurpado la autoría), está vinculada al concepto jurisprudencial de plagio: «copiar en lo sustancial». Ciertamente, en la medida en que la transformación permita seguir

³¹⁵ Artículo 6, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, de 14 de marzo de 2001.

³¹⁶ Ignacio Temiño Ceniceros, *El plagio en el Derecho de Autor*, 123-124.

percibiendo la sustancialidad de la obra previa sin modificación creativa alguna, el acto persistirá en la esfera del ilícito plagiarío, si concurre la usurpación de la autoría³¹⁷.

Por demás, como nos advierte algún autor:

Debe distinguirse entre la reproducción de toda la obra anterior y la de parte de ella. Esta última no dará lugar a una obra compuesta –como habíamos explicado, en nuestro país se someten al mismo régimen de las obras derivadas–, sujeta a autorización, cuando se efectúe a título de cita, para su análisis, comentario o debate, conforme al artículo 32, que también habla de incorporación (y de inclusión). La frontera entre uno (art. 9.1) y otro (art. 32) es de cuantía (la cita libre solo es parcial) y de la finalidad de la incorporación. Esta frontera se dibuja, en parte, en la STS de 19-12-1993, que se refiere al plagio de una traducción, distinguiendo el Supremo entre la mera cita o la incorporación de pasajes enteros de la traducción reproducida-incorporada sin permiso y, en consecuencia, plagiada³¹⁸.

En definitiva, la identidad sustancial se presenta como requisito básico para la consideración del plagio³¹⁹. En el concreto y de por sí intrincado contexto de la transformación, lo importante es determinar si las modificaciones o aportaciones efectuadas por el segundo creador tienen la originalidad y la creatividad suficiente para juzgar el resultado como plagio o transformación. Dicho esto ahora hemos de ocuparnos de la segunda fase de la transformación, esto es, el aporte creativo sobre la creación tomada de base. Esto es de lo que se tratará en lo que sigue.

3.1.2 Aportación creativa. La creación de una obra relativamente original

Ya lo habíamos dicho con anterioridad, la transformación de una obra requiere, además de la reproducción de los elementos sustanciales originales de la obra preexistente, la aportación de nuevos elementos originales, pero que han de provenir, esta vez, del trabajo del sujeto transformador. La exigencia de la originalidad se encuentra implícita en el estatuto de la obra derivada contenido en el art. 6 LDA, que estatuye la creación de una obra original que será protegida con independencia de la obra primigenia. Y es que no hay transformación sin creación, ya que el elemento creativo es inherente a la acción transformadora.

³¹⁷ Ignacio Temiño Cenicerós, *El plagio en el Derecho de Autor*, 124.

³¹⁸ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 9”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 2º edición (Pamplona: Civitas, 2009), 115-116. [Énfasis nuestro].

³¹⁹ Antonio Francisco Galacho Abolafio, *La obra derivada musical...*, 460.

Por tales motivos, es precisamente la intervención de una actividad creativa lo que diferencia el acto transformativo de la mera reproducción. La importancia y complejidad de precisar en qué consiste la actividad transformadora radica, entre otras circunstancias, en el hecho de que prácticamente toda creación tiene al menos una inspiración en otra precedente. Y agrega algún autor:

[...] cualquier creación seguirá siendo deudora en algún aspecto de la experiencia anterior que sin duda es el *prius* de cualquier evolución posible, [...] pues toda obra parte de un acervo común, de un patrimonio cultural generado durante siglos y siglos de creatividad³²⁰.

Llegado a ese estadio, el sujeto transformador ha de imprimirle su insumo creativo a los elementos sustanciales reproducidos de la obra primigenia. Con base en la premisa anterior, algunos autores hablan de apropiación o incorporación intelectual frente a apropiación o incorporación material, propia del ámbito reproductivo³²¹. Coincidimos plenamente con Patricia Mariscal cuando nos afirma que se trata de una atinada acepción del derecho de transformación, pues integra dentro de ella los dos elementos propios de este: la apropiación de elementos de otra obra, –el elemento reproductivo–, y la aplicación sobre ellos de la actividad creativa del sujeto transformador. Empero, el concepto de apropiación material tendría aplicación en un ámbito meramente reproductivo –por ejemplo, en el supuesto de cita–.

Al hilo de lo anterior, conviene señalar que estamos ante un derecho que se entiende en sentido amplio. Así las cosas, debe entenderse que hay transformación tanto cuando existe una mera incorporación material de la obra originaria en la obra derivada, siendo aquella perfectamente reconocible (esto es, no hay modificación en su forma), como cuando existe una incorporación de naturaleza intelectual, lo que supone modificaciones que afectan directamente a su forma primitiva³²².

Partiendo de este concepto amplio, los elementos que, a nuestro juicio, se encuentran presentes en el art. 6 LDA, son dos. Por un lado, como dijimos al iniciar este

³²⁰ Antonio Francisco Galacho Abolafío, *La obra derivada musical...*, 85 y ss.

³²¹ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 117.

³²² Llanos Cabedo Serna, “Comentario al artículo 12”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 1070.

mismo acápite, la transformación debe dar lugar a la creación de una obra diferente y, por otro lado, esa obra diferente debe derivar de otra anterior. El primer elemento sirve para distinguir la transformación de la mera reproducción de una obra de manera que debemos estar en presencia de una creación que, por reunir el requisito de originalidad exigido en la ley, merece una protección propia e independiente de la obra de la que deriva. El segundo elemento consiste en la necesidad de que tal obra diferente derive de otra anterior u originaria, exigiendo una conexión entre ambas, conexión que exige la autorización del autor de la obra originaria y nos permite afirmar que no estamos ante un supuesto de mera inspiración o libre utilización. Supone ésta una cuestión difícil porque, como explica Marco Molina, requiere determinar, primero, el «grado de dependencia creativa» entre las obras para luego concluir el «nivel de dependencia jurídica» entre las mismas³²³.

Con todo, una vez visto todo lo anterior, podemos decir que el *ius transformandi* consiste, pues, en la exteriorización de la obra en una forma diferente, permaneciendo el contenido relativamente invariable (es imposible que la variación de la forma no altere el contenido, pues la obra protegida por la ley es precisamente una forma concreta de expresar y exteriorizar unas ideas)³²⁴. En ese sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15a), al establecer que “[...] es necesario, en todo caso, un esfuerzo creativo del autor que adicione aportación original a la primera obra y justifique una protección de un derecho exclusivo sobre la resultante. De tal suerte reconoce que debe analizarse el grado de alteración o modificación sobre la obra originaria, puesto que para que resulte protegida, en tanto que obra nueva (derivada), no bastan con meras aportaciones insignificantes”³²⁵.

En definitiva, no existe transformación si la obra original se reproduce tal cual, ya que debe transfigurarse por medio de cambios que la hagan más o menos irreconocible, exigiéndose una labor creativa para que el resultado de la adaptación merezca protección,

³²³ *Ibíd.*, 1071-1072.

³²⁴ José Miguel Rodríguez Tapia, “Comentario al artículo 21”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 204.

³²⁵ Sentencia de 9 de enero de 2004 (JUR 2004/52542). Citada por Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 108.

dando lugar a una obra autónoma, con personalidad propia. Pero la desvinculación total respecto de una obra anterior tampoco permitiría entender que estamos ante una transformación ya que, en ese caso, el uso de una obra preexistente cumple un papel meramente inspirador, de forma que no cabe reconocer la sustancia o la identidad esencial de la misma en la obra nueva. Por lo tanto, la transformación se sitúa a medio camino entre la reproducción y la creación *ex novo*³²⁶.

Ahora bien, la impregnación del elemento creativo original puede tener lugar de distintas maneras, y puede darse en diversos grados o intensidades, pudiendo dificultarse su meridiana apreciación. Sea como fuere, se tiene por sentado en la más calificada doctrina comparada que, básicamente, la cuota creativa que ha de manifestar el sujeto transformador puede venir dada por tres vías distintas, conforme las distintas partes o núcleos de que se componen las obras³²⁷:

1-. Mediante la reelaboración de las ideas concretas de una obra existente³²⁸, de su desarrollo o disposición, es decir, mediante alteraciones de la forma interna³²⁹, como sucede en la realización de una segunda parte de una novela o de una película;

2-. Por el cambio en la forma externa³³⁰, como cuando, por ejemplo, se arregla una canción, se traduce un texto, o se transforma un cuadro en una escultura. Y es que, a decir de algún autor:

³²⁶ Llanos Cabedo Serna, “Comentario al artículo 12”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 1056-1057.

³²⁷ Tal distinción hace referencia al contenido de la obra y a su forma, que tras los ingentes y valiosos aportes doctrinales del jurista alemán Kohler, se distinguió dentro del elemento forma o modo de expresión, una forma interna y externa.

³²⁸ Esto es el contenido o argumento de una obra que estaría constituido por aquellos elementos, hechos, datos o ideas sobre los que se aplica la actividad creativa, esto es, la materia prima sobre la que trabaja el ingenio y que cualquiera puede utilizar a su antojo por ser de dominio público. Ver ampliamente en Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 83.

³²⁹ La forma interna o contenido psicológico (la composición según la doctrina francesa) es el elemento de más difícil comprensión y delimitación. En principio, estaría constituida por la selección, asociación, elaboración y desarrollo de las ideas o argumentos que subyacen en la base de toda obra y que puede ser considerada separadamente de la forma de expresión. Se trataría, por así decirlo, de un primer estadio de la función expresiva, no aprehensible de forma directa, que necesita ser completada con una determinada forma externa. Ver ampliamente en Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 83, nota pie de pág. n°119.

³³⁰ De manera sucinta y simple puede definirse como el lenguaje de expresión de un determinado contenido.

[...] la transformación consiste, pues, en la exteriorización de la obra en una forma diferente, permaneciendo el contenido relativamente invariable (es imposible que la variación de la forma no altere el contenido, pues la obra protegida por la LPI es precisamente una forma concreta de expresar y exteriorizar unas ideas). La modificación en la forma puede consistir, tanto en el idioma empleado (traducción), como en el lenguaje artístico o medio de percepción de la obra (una novela, materialmente gráfica, es adaptada en la forma de película, audiovisual)³³¹.

3-. O por la simple inserción de la obra primigenia o de una parte de ella en otro contexto distinto para el que fue elaborada, como sucede en el caso de las antologías y colecciones.

En ese mismo tenor, Francisco Rivero Hernández señala lo siguiente:

En línea de principio, en la transformación los elementos sustanciales que definen la obra resultante se identifican generalmente con los de la originaria, mientras que varían en mayor o menor proporción la forma interna, la forma externa o el medio de expresión. [...] No hay, sin embargo, unanimidad de criterios en cuanto al juego de los elementos coincidentes y diferenciales entre una y otra obra en la transformación, y su alcance posible³³².

Sea como fuere, no cabe duda de que los supuestos son diversos y variados. Por ello, resulta sumamente operativo, partiendo del concepto general de apropiación intelectual, analizar los distintos tipos de actividades transformativas conforme los elementos de la obra sobre los que incidan y la intensidad con que tengan lugar la aplicación del elemento original.

No obstante, cabe destacar que, en todo caso, la aportación del elemento creativo ha de encontrar dos límites insalvables³³³: por un lado, el respeto de la identidad de la obra originaria; el requisito de reconocibilidad tratado en el apartado precedente, puesto que de otro modo se trataría de una obra totalmente independiente que nada le adeuda a la primigenia. Por otro, la exigencia de una mínima altura creativa y de un cierto grado de originalidad que permita la creación de una nueva obra distinta a la primigenia.

³³¹ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 21”, 204.

³³² Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 21», 383.

³³³ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 118.

Respecto de este segundo límite señalado, es oportuno acotar que aunque es cierto que sin el requisito de la originalidad no estaríamos ante la creación de una nueva obra, también lo es que en el ámbito de las obras derivadas el margen para la creación es más estrecho que cuando se trata de la elaboración de una obra independiente, por lo que el nivel de exigencia ha de ser menor en aquellas. Sin soslayar que dentro de la categoría de las obras derivadas predominan las obras menores, es decir, las obras con un escaso margen de originalidad³³⁴. De hecho, la doctrina francesa se refiere a las obras derivadas como obras relativamente originales, frente a las obras independientes, que se consideran absolutamente originales. En otras palabras, el concepto de originalidad se relativiza en las obras derivadas³³⁵. Ciertamente, esta menor exigencia de originalidad viene impuesta por la propia naturaleza de la obra derivada. Y es que la libertad creativa de quien hace la transformación, aún siendo autor con derechos sobre la misma, no obstante es limitada³³⁶ por la obra originaria que le sirve de punto de partida y que ha de quedar reflejada en la obra derivada.

Pues bien, ese indispensable elemento original puede proyectarse, como se indicó líneas arriba, sobre diversos componentes de la obra. En ese sentido, la enumeración de obras derivadas que contiene el art. 6 LDA, podría clasificarse atendiendo a la originalidad que desprende la obra resultante, de modo que podríamos diferenciar entre obras originales tanto en la expresión como en la composición –tanto en su forma externa como en la interna–, obras originales en la expresión –forma externa– y obras originales en la composición –forma interna–. Así lo ha asumido gran parte de la doctrina³³⁷. No obstante, atendiendo a esos mismos elementos originales, hay quienes han propuesto una clasificación un tanto más amplia que abarca supuestos claramente transformativos pero que, como el concepto general de obra derivada contenido en nuestra normativa no tiene carácter exhaustivo, no están explícitamente enunciados, aunque sin dudas encontrarían

³³⁴ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 11”, 191.

³³⁵ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 70.

³³⁶ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 21”, 206.

³³⁷ Entre otros, Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 71 y ss. También Agustín González García, *Las obras derivadas y su problemática jurídica: Planteamiento General. Posiciones doctrinales y jurisprudencia en I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual: Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Tomo I, (Madrid: Ministerio de Cultura, 28-31 octubre 1991), 548-549.

cabida en el precepto. Por ello, partiremos de la clasificación propuesta por Patricia Mariscal, toda vez que nos parece abarcadora e ilustrativa.

Básicamente, dicha autora clasifica el acto transformativo en los siguientes tipos: Transformaciones en las que la actividad intelectual se proyecta sobre los aspectos estructurales de la obra, transformaciones en los elementos expresivos o formales de la obra y transformaciones en las que la actividad intelectual tiene lugar sobre los aspectos contextuales y organizativos de la obra. Veamos, pues, en qué consiste cada una de estas categorizaciones de obras resultantes de un acto transformativo.

3.1.2.1 Transformaciones en las que la actividad intelectual se proyecta sobre los aspectos estructurales de la obra

Se trata de aquellos supuestos en los que la idea concreta, el argumento, esto es, la denominada forma interna, sufre alguna modificación. En este tipo de transformaciones no es el medio de expresión que resulta afectado, sino la propia estructura de la obra. Generalmente, el elemento creativo preponderará sobre el elemento reproductivo, toda vez que supone una modificación bastante intensa de la obra primigenia.

Como nos advierte la misma Mariscal, “este tipo de transformaciones tiene lugar típicamente sobre aquellos tipos de obras que se organizan en torno a una estructura narrativa o esquema argumental, por lo que su aplicación a obras ajenas al lenguaje literario resulta un tanto dificultosa”³³⁸. Así, ejemplos típicos de transformaciones estructurales de una obra serían: la realización de una segunda parte de una novela o secuela de una película y el cambio en el punto de vista o en la propia persona del narrador.

³³⁸ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 120.

3.1.2.2 Transformaciones en los elementos expresivos o formales de la obra

En este tipo de transformaciones, “si bien la forma interna, la estructura o sustancia de la obra puede permanecer intacta, lo que cambia es el medio de expresión. Así, un mismo contenido puede ser expresado de diversas formas”³³⁹.

Solo por poner algunos ejemplos entre las amplias posibilidades. Una misma imagen puede ser representada por diversos medios o técnicas; a partir de una fotografía puede elaborarse un dibujo, una pintura, un collage, o incluso una escultura; un mismo guión cinematográfico puede dar lugar a películas completamente distintas; las traducciones o el paso de la prosa al verso de un texto; los cambios de estilo en el ámbito de las obras literarias; arreglos musicales de cierta entidad que afecten a los aspectos melódicos, armónicos, o rítmicos, ya implique un cambio en el estilo o género musical o no; la conversión de una pintura o de una fotografía en una escultura; la adaptación de una obra dramática al cine; la creación de un videojuego a partir de una película.

3.1.2.3 Transformaciones en las que la actividad intelectual tiene lugar sobre los aspectos contextuales y organizativos de la obra

En este tipo de transformación, más sutil, el elemento creativo se manifiesta, o bien en la selección y disposición de los elementos preexistentes, o bien en la utilización de los mismos en contextos diferentes.

Nos explica Patricia Mariscal que:

...en este tipo de obras, aunque no exista una aportación material por parte del sujeto transformador, la originalidad se refleja en las decisiones que inciden sobre la selección y organización del material preexistente, de manera que dos autores distintos, partiendo de unos elementos comunes, probablemente llegarían a resultados totalmente distintos”³⁴⁰.

Ejemplos de este tipo de transformaciones pueden ser: modificación del contexto en que las obras aparecen ubicadas, mediante su unión a otras obras o datos (tomando en cuenta que tales obras no habían sido ideadas para ser utilizadas o contextualizadas junto

³³⁹ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 124.

³⁴⁰ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 127.

con otras obras formando una unidad; los *collages*, en el ámbito de las obras plásticas, o los fotomontajes, en el de las fotográficas; el *sampling digital* o muestreo en el ámbito musical; sincronización musical; las colecciones; las antologías; exhibiciones de arte y exposiciones en museos; los popurrís, en lo que respecta al ámbito musical; las bases de datos originales.

3.2 El presupuesto de la actividad transformadora: el consentimiento del autor de la obra originaria. Límites

Como cualquier actividad relacionada con la explotación de una obra, para llevar a cabo una transformación es preciso recabar el consentimiento del autor de la obra que se pretende transformar. Puesto que, contemplando la transformación como facultad del autor de la obra originaria, su centro de gravedad radica en la autorización que él mismo debe dar para realizarla, y a ella se limita casi su problemática³⁴¹. Precisamente por ese nexo existente entre la obra derivada y aquella de la que procede, implicando en ocasiones la explotación de la obra segundogénita la de la primigenia también, se requiere que el autor originario consienta esta situación. En este apartado de analizara el alcance de la autorización concedida para realizar el acto transformativo y las consecuentes prerrogativas que detonan. Pues veamos.

La exigencia de contar con la anuencia del autor para introducir en la obra alguna modificación, no es más que el reconocimiento, a través de una obligación general de no hacer, del derecho moral del autor de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de su obra. En efecto, una transformación aparentemente inocua puede ser perjudicial a la reputación de la obra o de su autor, y por tanto constituir una infracción al derecho moral de autor³⁴².

No obstante, el derecho de propiedad intelectual del autor de la obra derivada tiene propia autonomía, como derecho de exclusiva, incluso frente a los titulares de la obra originaria (una vez obtenido su consentimiento). Es decir, nacida una obra nueva,

³⁴¹ Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 21», 382.

³⁴² Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 88.

derivada de la transformación, hay también nuevos derechos de reproducción, de distribución y de comunicación pública de la misma que competen al autor de aquella, independientes de idénticos derechos respecto de la originaria³⁴³. Tiene también propio plazo de duración, condicionado por la vida de su autor o el momento de su divulgación. Por ello, la extinción del derecho de autor sobre la obra originaria (extinción de los derechos de explotación y paso al dominio público) no afecta a la subsistencia del derecho de autor sobre la obra derivada³⁴⁴.

Cabe destacar que el régimen aplicable a estas autorizaciones será el general previsto en cada legislación. No obstante, la autorización para transformar no significa que confiera un derecho discrecional al autor de la transformación para explotar la obra derivada a su antojo³⁴⁵. Por ello, con el propósito de evitar futuros problemas, es recomendable que se haga constar expresamente su objeto, ámbito territorial correspondiente, los derechos concedidos, e incluso el sistema de participación en los rendimientos de la obra derivada.

Normalmente estas autorizaciones se concederán *intuitu personae*, por ende, se redactarán con carácter intransmisible, en razón del carácter personal que las caracteriza: el autor de la obra primigenia no permitirá que su prestigio y legítimos intereses resulten perjudicados por la existencia de la obra derivada, de ahí el que revista para él especial importancia la elección de la persona que se encargue de llevar a cabo el parto transformativo³⁴⁶.

Asimismo, la autorización para llevar a cabo la transformación de una obra ha de ser interpretada estrictamente, es decir, el autor que, por ejemplo, autoriza la adaptación de su obra a un género determinado, se reserva el derecho de autorizar otra adaptación en otro género es decir, el autor de la obra derivada carece como tal de derecho o facultad alguna sobre la obra primigenia, cuya situación jurídica permanece inalterada. Su titular podrá seguir ejerciendo los derechos correspondientes de explotación, incluso

³⁴³ Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 21», 388.

³⁴⁴ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 11”, 193.

³⁴⁵ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 332.

³⁴⁶ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 88.

autorizando otras transformaciones que generan nuevas obras derivadas. Estas deberán ser originales no solo con respecto a la obra originaria, sino también con respecto a las obras derivadas de aquella preexistente³⁴⁷.

Por demás, algún autor nos advierte que la creación de la obra derivada no está sujeta a autorización alguna, pues la amparan los artículos 49 y 52 de la Constitución dominicana, pero su explotación exige título otorgado por la Ley o por los titulares de derechos sobre la obra originaria³⁴⁸. En ese sentido, la autorización comporta no solo ni tanto la mera transformación (que en sí, como actividad, no es ilícita: piénsese en una traducción como ejercicio literario o lingüístico), sino la de explotación de la obra derivada³⁴⁹.

En todo caso, el consentimiento para la transformación de la obra preexistente se concede solo para obtener una (determinada) obra derivada, pero no para la transformación de esta última (también posible: obra derivada de una obra derivada, como traducción de una obra inicial anotada y actualizada), por lo que las sucesivas transformaciones que pretendan realizarse sobre la obra originaria requerirán de un nuevo consentimiento del autor de la originaria y del de la derivada, esto es, será necesaria, pues, una cadena de autorizaciones hasta llegar a la obra primigenia³⁵⁰.

Por demás, si la transformación es ilícita (p. ej., la obra derivada es creada sin el consentimiento del autor de la obra originaria), en cuanto obra de creación es obra protegida, pues, en atención a estos derechos que deben quedar a salvo, aquella ilícita transformación y la obra derivada verían suspendidos el ejercicio de los derechos correspondientes (de reproducción, distribución y otros) por el prevalente derecho del autor de la obra preexistente³⁵¹. De ahí que la infracción, civil o penal, del derecho de transformación consista en la reproducción, distribución o comunicación pública de la

³⁴⁷ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 11”, 193.

³⁴⁸ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 11”, 131.

³⁴⁹ ...considerada en principio lícita la simple creación de la transformación, la autorización del autor «deberá verse en clave de autorización de la futura explotación». Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 21», 380.

³⁵⁰ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 158.

³⁵¹ Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 21», 388.

transformación de una obra, sin el consentimiento del titular de derechos sobre la correspondiente modalidad o las explotaciones antedichas de la transformación de una obra, excediendo el número, el tiempo o el espacio autorizados³⁵².

En definitiva, puede sostenerse que la obra derivada ilícita no es una obra de libre utilización, y por tanto, para su explotación se requerirá el consentimiento del titular de derechos. En todo caso, se tratará de una protección negativa, pues su explotación quedará a merced de que el titular de la obra originaria, de quien no se ha obtenido el consentimiento, decida o no ejercitar las acciones oportunas para impedir tal explotación³⁵³. Esta circunstancia se pone de relieve de forma expresa en el art. 78 de la Ley Federal de Autor mejicana, de 24 de diciembre de 1996. Según el precepto:

Las obras derivadas, tales como arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, paráfrasis, compilaciones, colecciones y transformaciones de obras literarias o artísticas, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero sólo podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia [...].

De todos modos, aun cuando para llevar a cabo la transformación de una obra se requiera el consentimiento de su autor, la obra creada existirá con independencia del mismo siempre que tenga suficiente originalidad, sin perjuicio de que el titular del derecho de explotación violado ejerza las acciones pertinentes. Es decir, la licitud de la creación es requisito para su protección; la transformación no autorizada constituye una obra intelectual y su autor ostenta los derechos correspondientes, tanto morales como patrimoniales. A pesar de que en ese caso el autor de la obra derivada no podrá explotar lícitamente su obra, sí podrá defenderla contra cualquiera que, sin su consentimiento, la reproduzca, distribuya, comunique o transforme³⁵⁴.

El instrumento jurídico más común para autorizar la transformación de una obra original es el llamado «contrato de transformación». En él se establecerán de forma

³⁵² José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 21”, 206.

³⁵³ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 159.

³⁵⁴ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 90.

bastante específica los límites a los que estará sometido el nuevo creador³⁵⁵. En todo caso, los derechos y modalidades de explotación de que va a ser objeto la obra derivada, así como el ámbito espacial y temporal de la cesión, deberían quedar claramente estipulados en el contrato de transformación³⁵⁶, lo que conllevará la concreción suficiente como para poder controlar el margen de actuación que el cesionario ostentará sobre la obra a transformar³⁵⁷, pues no puede perderse de vista, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, que la explotación de la obra derivada implica, si se quiere, una explotación indirecta de la obra primigenia.

Por lo mismo, la autorización de los titulares puede ser una simple autorización, o consistir en una cesión exclusiva de derechos, aunque no será frecuente, porque los titulares de la obra preexistente no querrán tener su obra condicionada a la suerte comercial de una nueva que la incorpore³⁵⁸.

Sea como fuere, se puede verificar que en nuestra legislación autoral únicamente se regulan los contratos de edición [art. 85 a 112 LDA], contrato de inclusión de la obra en fonogramas [art. 113 a 118 LDA] y el contrato de representación [art. 119 a 127 LDA], no contemplándose disposición alguna sobre la contratación de un derecho tan complejo como la transformación. En ese sentido, cabría preguntarse qué pautas debe seguir el autor de una obra para suscribir con un tercero un contrato de esta naturaleza.

Ciertamente, la ausencia de previsión de una modalidad contractual específica para la cesión del derecho patrimonial de transformación determina que el contrato que se elabore con tal fin tenga el carácter de atípico y que se suscite el interrogante de si las disposiciones de los contratos señalados en el párrafo precedente pueden ser de aplicación analógica al contrato que ahora nos ocupa³⁵⁹.

Lo importante a señalar es que nuestro ordenamiento no es el único que ha rehusado consagrar la regulación de este tipo de contrato tan complejo, Francia, Alemania,

³⁵⁵ Antonio Francisco Galacho Abolafío, *La obra derivada musical...*, 65-66.

³⁵⁶ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 332.

³⁵⁷ Antonio Francisco Galacho Abolafío, *La obra derivada musical...*, 133.

³⁵⁸ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), "Comentario al artículo 9", 117.

³⁵⁹ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 187-188.

Italia, España, Portugal, entre otros comparten igual laguna. Sea como fuera, las previsiones contractuales que atañen al derecho patrimonial de transformación han de ceñirse necesariamente a sus particularidades tan complejas, a fin de alcanzar una contratación equilibrada que garantice a armonía de los derechos e intereses heterogéneos que, por lo general, se ven envueltos en dicho negocio jurídico.

Pero se imponen algunas aclaraciones sobre la necesaria autorización del autor de la obra primigenia a fin de que sea lícita la explotación de la obra derivada. Ciertamente, este requisito no es absoluto, ya que comporta algunas excepciones impuestas por la propia Ley. Fundamentalmente, partiendo de que la autorización es concedida para la explotación, no el parto transformativo *per se*, hay actos de transformación que permanecen bajo los dominios de la privacidad, sin ser divulgados en ningún momento, de tal suerte quedan a extramuros de la protección autoral.

La autorización para transformar es en realidad una autorización para explotar la obra derivada porque es precisamente esta explotación *ad extra* de la obra transformada la que requiere del consentimiento de su titular, y no el acto de transformación previo³⁶⁰. En ese mismo sentido, podemos decir, junto a López Sánchez, que el titular del derecho de transformación puede autorizar o prohibir la explotación de una obra derivada de la suya, pero no impedir que alguien la realice sin el propósito de explotar o difundir el resultado, de manera que la protección no alcanza los usos privados³⁶¹. Y es que, en realidad, las transformaciones que tienen lugar en el ámbito privado no solo resultan inocuas, sino que además no son controlables. Piénsese por ejemplo en el ejercicio personal de traducción que puede llevar a cabo un sujeto en su estricto ámbito doméstico³⁶².

Una de estas excepciones a requerir el consentimiento del autor de la obra originaria cuando se pretende realiza una derivación con estrictos fines privados, se puede encontrar en el art. 74 LDA (modificado por el art. 42 de la Ley 424-06), que versa

³⁶⁰ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 332.

³⁶¹ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 90.

³⁶² Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, 158.

sobre los programas de computadoras, cuyos términos son los siguientes: “Es lícito sin autorización del productor: [...] La adaptación del programa por parte del usuario lícito, siempre que esté destinada exclusivamente a su uso personal y no haya sido prohibida por el titular del derecho”.

Este precepto encuentra su basamento en la necesidad constante de actualización de los programas de computadoras, tanto para corregir errores como para introducir cambios y actualizaciones, con el fin de adaptarlos a las necesidades concretas de cada usuario³⁶³. El desarrollo de estas nuevas versiones del programa puede tener resultados distintos. Puesto que en algunos casos es el mismo programa modificado, pero en otros es una obra nueva que amerita protección. Desde un punto de vista práctico, se evita una dependencia económica y funcional del mismo con respecto del titular del programa así como tener que recurrir a su autorización para cada adaptación concreta³⁶⁴.

En otro orden de ideas, es criterio doctrinal ampliamente aceptado que cuando una obra intelectual pasa a formar parte del dominio público³⁶⁵ supone que deja de pertenecer a su autor. La principal consecuencia que se deriva es que dicha obra puede ser utilizada por cualquiera, siempre que con el límite que supone el respeto a los derechos morales del autor, fundamentalmente el de paternidad y el derecho a la integridad de la obra.

No cabe duda de que la posibilidad de utilizar libremente, es decir, sin autorización de su autor, una obra que forma parte del dominio público comporta la posibilidad de transformarla, si bien ya no existe el nexo de dependencia que unía al transformador con el autor de la obra primigenia. Efectivamente, las transformaciones de obras del dominio público también son protegibles, pero en estos casos la doctrina suele coincidir en exigir un mayor grado de originalidad a la obra derivada. La mayor

³⁶³ Ivonne Preinfalk Lavagni, *El derecho moral del autor de programas informáticos*, 267.

³⁶⁴ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 91.

³⁶⁵ Nos aclara algún autor que cuando se proclama que las obras pasan al dominio público, lo que ingresa en él cuando se produce «la extinción» no son las obras, sino los derechos de explotación sobre las mismas. Por eso, en rigor una obra está en el dominio público solo si todos los derechos sobre ella de todos los titulares de han extinguido por el paso del tiempo. Juan José Marín López, «Comentario al artículo 41», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), *Comentarios a la Ley...*, 388.

exigencia de originalidad para este tipo de obras se fundamenta en la protección del dominio público, que se muestra especialmente vulnerable ante potenciales usurpadores³⁶⁶. Lo que se exige es que la obra del dominio público y la transformación que procede de ella sean claramente diferenciables, y esta última, sin dudas, gozará de todas las prerrogativas conferidas a una obra original. Así lo establece el art. 11 LDA, en los siguientes términos:

La persona que, tomando una obra de dominio público la traduzca, adapte, arregle, transporte, modifique, compendie, parodie o extraiga de cualquier manera su contenido, es titular exclusivo de su propio trabajo, pero no podrá oponerse a que otros traduzcan, adapten, arreglen, transporten, modifiquen o compendien la misma obra, siempre que sean trabajos originales, distintos del suyo, sobre cada uno de los cuales se constituirá un derecho de autor en favor de quien lo produce³⁶⁷.

Por otro lado, en el caso particular de la traducción, manifestación concreta del acto transformativo, existen algunos supuestos en los que se excepciona el régimen protector de la obra, toda vez que la Ley permite que sean realizadas ciertas traducciones sin contar la anuencia del autor de la obra originaria. Ello ocurrirá cuando se verifiquen las condiciones para que se pueda aplicar una licencia obligatoria de traducción. Según nos cuenta Garrido-Falla, en torno al Convenio de Berna, desde la revisión de París de 1971 se establece un sistema de licencias obligatorias recogidas en un anexo al Convenio.

El fundamento de estas licencias se encuentra en la necesidad de contribuir a la libre circulación de la cultura o al desarrollo de determinados países mediante la supresión de barreras lingüísticas, dada la dificultad de sus idiomas. Estos países, considerados como en desarrollo, de conformidad con la práctica establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pueden apartarse, en determinadas condiciones, de las normas mínimas de protección previstas para el derecho de traducción mediante la obtención de licencias no exclusivas e intransferibles que les permitan llevar a cabo traducciones para uso escolar, universitario o de investigación³⁶⁸.

³⁶⁶ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 159.

³⁶⁷ Artículo 11, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, de 14 de marzo de 2001.

³⁶⁸ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 164.

Entre las condiciones que se exigen en el artículo II del Anexo para otorgar la licencia está el hecho de que haya transcurrido cierto tiempo desde la publicación de la obra sin haber sido traducida, que la traducción se destine a un uso escolar, universitario o de investigación, o que el autor no haya retirado de la circulación todos los ejemplares de su obra. Nuestra Ley 65-00 sobre Derecho de Autor contiene similares previsiones en sus artículos 45 a 47, señalando que este tipo de licencias serán otorgadas de conformidad con los tratados internacionales de los cuales forme parte la República (en franca referencia a Berna y que los requisitos son los mismos exigidos por el Convenio).

3.3 Tipología de las obras derivadas

Como hemos señalado al inicio, nuestra ley 65-00 no se refiere claramente a qué es transformación, solo ofrece una enumeración ejemplificativa, no exhaustiva, de supuestos concretos de este derecho. Ciertamente, nuestra Ley no parece seguir un criterio concreto de clasificación, como tampoco parece hacerlo prácticamente ninguna de las leyes sobre Derecho de Autor en nuestro entorno comparado. No obstante, a partir de los criterios analizados en apartados anteriores, a buen seguro, podemos enmarcar tales ejemplos concretos dentro de los renglones mayoritariamente acogidos por la doctrina comparada, esto es, obras derivadas que son originales en la expresión, o en la composición, o tanto en la composición como en la expresión.

Pues bien, el art. 6 LDA, contenido del estatuto de las obras derivadas, reza como sigue:

Están protegidas como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originarias y en cuanto constituyan una creación original:

- 1) Las traducciones, adaptaciones, arreglos y demás transformaciones originales realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización expresa del titular del derecho sobre la obra originaria;
- 2) Las colecciones de obras literarias o artísticas, tales como las enciclopedias y antologías, y otras de similar naturaleza, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales³⁶⁹.

³⁶⁹ Artículo 6, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, de 14 de marzo de 2001.

En ese tenor, se identifica claramente que las traducciones –obras originales en la expresión–, las adaptaciones –originales tanto en la composición como en la expresión– y las colecciones y antologías –originales en la composición– son manifestaciones concretas del acto transformativo. Sin soslayar que el listado es abierto, por ende, toda una miríada de manifestaciones transformativas encontraría cabida dentro de este precepto. Ahora de lo que se trata es de ocuparnos aún sea *grosso modo* de estos supuestos consagrados en nuestra normativa vernácula y otras manifestaciones ampliamente reconocidas en nuestro entorno comparado. Pues veamos.

3.3.1 La traducción

Sin que quepa ningún género de duda, la traducción, operación intelectual que consiste en verter a otra lengua (o dialecto) una obra literaria o científica, constituye una labor creativa que lleva impregnada la impronta de quien la realiza: el traductor.

Además, resulta incuestionable que la traducción ha sido y sigue siendo una pieza fundamental en el desarrollo y difusión de la cultura. Por tales motivos, como nos dice Patricia Mariscal:

...dentro del ámbito de las obras del lenguaje, que no solo incluye a las literarias, sino también a las obras musicales con letra³⁷⁰, a las cinematográficas y, en general, a todas aquellas que emplean el lenguaje verbal o escrito, la traducción se considera una de las transformaciones de mayor importancia³⁷¹.

Por lo mismo, como nos explica Francisco Rivero:

La calidad técnica de la traducción y el distinto valor literario de la misma depende de un gran número de datos y elementos, conexos entre sí y con la capacidad del traductor, su conocimiento de la lengua original de la obra y de aquella otra a la que la vierte, su sensibilidad artística, preparación científica, su propio estilo literario, etc. Todo ello hace de la obra traducida y del trabajo del traductor un nuevo objeto de propiedad intelectual protegido por todas las legislaciones³⁷².

³⁷⁰ La traducción no cabe con las obras estrictamente musicales, cuyo lenguaje en notas de pentagrama es universal –en las obras dramático-musicales solo puede ser objeto de traducción la parte literaria–, ni en las obras de artes plásticas. Antonio Francisco Galacho Abolafio, *La obra derivada musical...*, 246.

³⁷¹ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 393.

³⁷² Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 21», 390.

Sin que obsten las particularidades señaladas de la traducción, resulta menester ofrecer una definición concreta para entonces apreciar detalladamente sus elementos característicos. Así, acudimos al glosario de la OMPI que nos presenta lo siguiente:

La traducción es la expresión de obras escritas u orales en un idioma distinto del de la versión original. La traducción debe verter la obra de manera fiel y verdadera en lo que respecta a su contenido y a su estilo. Se concede derecho de autor a los traductores en reconocimiento de su manejo creativo de otro idioma, sin perjuicio, no obstante, de los derechos del autor de la obra traducida; la traducción está sujeta a una autorización en forma, ya que el derecho de traducir la obra es un componente específico del derecho de autor³⁷³.

La definición anterior pone de relieve, como nos resalta Ayllón Rodríguez, “además de que la traducción incide exclusivamente sobre la forma de expresión de las obras, que las obras originarias objeto de traducción no solo serán las escritas (literarias), sino que también extiende tal posibilidad a las obras orales”³⁷⁴. En efecto, solo por mencionar algunos ejemplos, pueden ser objeto de traducción bajo la égida de la normativa autoral las conferencias, discursos y alocuciones que se llevan a cabo en diversos escenarios y contextos, toda vez que las obras orales *per se* gozan de protección como establece el art. 2.2 LDA. Por consiguiente, como obras originales que son, pueden ser objeto de traducción.

Evidentemente, la originalidad de una traducción está siempre constreñida por la fidelidad debida al original. En efecto, como nos explica algún autor, “la aportación del traductor queda limitada siempre a la expresión más puramente externa de la obra; el contenido y la estructura de la obra han de preservarse intactos. Inclusive la forma externa ha de plasmarse en la traducción de la manera más fiel posible a la obra de origen”³⁷⁵. En efecto, el traductor goza de una menor libertad creativa que otros sujetos transformadores, debido a la naturaleza del acto que ejecuta, para crear e innovar a la hora de trasladar las diversas expresiones de una obra originaria en otro idioma³⁷⁶. En

³⁷³ Concepto n° 253, Glosario de derecho de autor y derechos conexos, 259.

³⁷⁴ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 73.

³⁷⁵ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 398.

³⁷⁶ El connotado autoralista francés Desbois, nos señala que “existe originalidad en la traducción de las obras puesto que siempre hay un margen de elección con respecto a las palabras y a las expresiones, en el que se manifiesta la personalidad del traductor”. Aunque, ciertamente, el mismo autor reconoce que la exigencia de originalidad en este tipo de obras no puede ser muy elevada precisamente por la necesidad de

este sentido, podemos decir, parafraseando a Umberto Eco, que traducir es “decir casi lo mismo”³⁷⁷.

Y es que, como apunta algún autor, “es dudoso que pueda considerarse como obra derivada y protegida la simple y mecánica traducción literal, precisamente porque le falta el sello y personalidad del autor (por mecánica y literal)”³⁷⁸. Al calor de dicha acotación, es oportuno reflexionar, aun sea someramente, sobre la distinción entre las traducciones literales y las traducciones libres. Al respecto, Héctor Ayllón Santiago nos explica lo siguiente:

Las traducciones literales son aquellas que implican la traducción palabra a palabra de la obra sin despegarse lo más mínimo de la fidelidad del texto originario, en tanto que las traducciones «libres» son aquellas en las que el traductor aporta de manera más evidente su impronta personal al traducir conforme al sentido general de las expresiones recogidas en la obra originaria, sin que cada una de sus palabras coincidan con la obra resultado de la traducción; por ejemplo, las obras poéticas. Así, respecto de las primeras sería predicable la rebaja de la exigencia de originalidad para considerarlas creaciones protegidas por derechos de autor, en tanto que las segundas serían una especie de «*tertium genus*» [...] en cuanto a que la traducción libre no deja de ser traducción y, por consiguiente, se refiere exclusivamente a la modificación de la forma de expresión de la obra, dejando incólume el contenido o composición³⁷⁹.

Sea como fuere, lo fundamental, como ocurre con toda obra derivada, es que la traducción aporte un mínimo de originalidad a la obra preexistente, de modo que la convierta en una creación autónoma susceptible de protección independiente. Aunque ya hemos señalado que el nivel de originalidad que puede aportar una traducción es siempre limitado, ello no significa que la actividad traductora constituya un proceso mecánico y carente de creatividad.

Y es que no puede soslayarse que

...el traductor suele enfrentarse a problemas idiomáticos: ciertamente, el traductor se enfrenta a una miríada de posibilidades expresivas a la hora de trasladar un conjunto de ideas de una lengua a otra, por ejemplo, «dependiendo de la dimensión de la obra

que la obra traducida se ajuste al máximo a la obra originaria. Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 71.

³⁷⁷ Umberto Eco, *Decir casi lo mismo* (Barcelona: Penguin Random House, 2016).

³⁷⁸ Francisco Rivero Hernández, «Comentario al artículo 21», 391.

³⁷⁹ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 71-72.

traducida, distintas alternativas sintácticas, perifrásticas, métricas, de vocabulario»³⁸⁰ y que determinadas expresiones, o palabras, no tienen un equivalente en la lengua de destino, y es ahí donde el traductor tendrá que hacer uso de su creatividad y de su sensibilidad artística, pero también de su preparación científica y de su conocimiento de la obra de origen para expresar de la manera más fidedigna aquello que el autor original quiso transmitir en una forma adaptada a la lingüística y a la cultura de los destinatarios de la traducción³⁸¹.

Por lo mismo, según explica el semiólogo Umberto Eco, el traductor deviene en “un artesano de la palabra que, después de interpretar un texto extranjero y considerar todos sus matices, negocia con su propio idioma para que la traducción sea capaz de incorporar los valores, no solo significados, de una cultura ajena”³⁸².

En ese mismo orden de ideas, “este proceso implica utilizar determinadas expresiones, palabras y construcciones en detrimento de otras, lo que determina que a partir de un mismo texto originario puedan surgir traducciones muy diferentes dependiendo de la sensibilidad artística de cada traductor”³⁸³ En términos similares se pronunció el Tribunal Supremo español en su sentencia de 29 de diciembre de 1993, al señalar que ciertas coincidencias entre dos traducciones significará muy probablemente que se ha copiado y que, por tanto, la traducción no es original.

Y es que, en términos ontológicos, como manifestación creativa de un ser actuante, el escritor y filósofo Albert Camus se refirió a este fenómeno creativo de la siguiente manera: “Un símbolo está siempre en lo general, y, por precisa que sea su traducción, un artista no puede restituirle sino el movimiento: no hay traducción literal”³⁸⁴.

A estos efectos, a la hora de calificar la originalidad de una traducción, como considera el maestro Bercovitz, resultan indiferente “la dificultad (por el idioma de la obra originaria o por su especial redacción), pues no es relevante para la consideración de obra derivada como tal. Cuando se trata de una obra literaria de alguna extensión, casi

³⁸⁰ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 11”, 132.

³⁸¹ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 398.

³⁸² Umberto Eco, *Decir casi lo mismo*, 342.

³⁸³ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 163.

³⁸⁴ Albert Camus, *El mito de Sísifo* (Medellín: Editora Continental, 2014), 131.

siempre es apreciable la originalidad de la expresión, ya que la nueva forma lingüística pone en juego el estilo y la sensibilidad del traductor. Ello es más acentuado conforme el género literario exija una traducción más p menos libre. En el caso de la poesía la existencia de una obra derivada suele ser evidente”³⁸⁵. Y al calor de esto podemos acotar, junto con el sociólogo de la hipermodernidad Gilles Lipovetsky, que como obras superiores del espíritu que son, “en las obras poéticas se intensifican las confidencias íntimas, la expresión de los impulsos del Yo, de los instantes vividos, de los recuerdos personales”³⁸⁶. Es insoslayable la impregnación de la impronta personal del traductor.

Por demás, existirán traducciones absolutamente carentes de originalidad. Como nos explica Garrido-Falla:

Nos estamos refiriendo tanto a aquellas traducciones realizadas por ordenador, como aquellas en las que aún interviniendo una persona tienen como resultado una traducción meramente literal y rutinaria. Las primeras ni siquiera pueden ser consideradas creaciones intelectuales, ya que no son obra del ingenio humano, sino de una máquina. Cuestión distinta es que en la traducción sea posible servirse de traductores automáticos moldeando posteriormente el resultado final para darle al texto el sentido oportuno³⁸⁷.

En el caso anterior, sí podremos estar en presencia de traducciones verdaderamente originales. Más las traducciones humanas también carecen de originalidad por su carácter mecánico e impersonal. Por ejemplo, en la traducción de un folleto de instrucciones para utilizar un determinado aparato electrónico, o de un prospecto cualquier. En tales casos, el traductor no tiene margen para plasmar su impronta y sensibilidad artística, puesto que el nivel de creatividad es demasiado escasa o prácticamente inexistente.

A excepción de tales supuestos, se puede considerar que, con carácter general, “ni siquiera en la más perfecta traducción hay identidad absoluta entre la obra traducida y el texto original”³⁸⁸. Por muy completa que pueda ser la cultura del traductor, por muy

³⁸⁵ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 194.

³⁸⁶ Gilles Lipovetsky, *El imperio de lo efímero. La moda y su destino en las sociedades modernas*, 6ª edición (Barcelona: Anagrama, 2012), 65.

³⁸⁷ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 163.

³⁸⁸ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 77.

grande que pueda ser su comprensión de las dos lenguas, la diferencia que existe en cada idioma ha de tomarse en consideración. Desde esta perspectiva, llegamos a la conclusión de que el traductor competente aporta algo suyo y, por ello mismo, da lugar a una obra derivada.

3.3.2 *Las adaptaciones*

El término «adaptación» suele configurarse de manera lo suficientemente amplia como para ser susceptible de aplicación a obras de cualquier género. A decir de varios autores,

La adaptación constituye el acto transformativo paradigmático, y su resultado corresponde al grupo de aquellas obras derivadas en que la incorporación de la obra primigenia no es material –como sucede con las colecciones y antologías–, sino de carácter intelectual. Efectuándose una suerte de fusión o simbiosis de elementos de la obra preexistente y otros propios del adaptador en la nueva obra³⁸⁹.

Tal y como se entiende en la mayoría de los sistemas autorales, la adaptación “hace referencia a la mutación en el tipo de lenguaje o en el género en que una obra es expresada. Supone cambios en la forma más puramente externa de la obra, pero también puede conllevar cambios en la estructura y en la composición”³⁹⁰. Y es que, “en la adaptación se parte de una obra original cuya idea, núcleo esencial, argumento, personajes y otros elementos estructurales, son respetados variando, en cambio, los elementos formales o el medio de expresión”³⁹¹. En ese sentido, la adaptación consiste, básicamente, “en la modificación de una obra a fin de hacerla apta para su expresión en otro medio, a través de un lenguaje distinto, o para su recepción por un público diferente”³⁹².

No obstante, “la originalidad, o mejor dicho, la ausencia de originalidad, no suele ser un problema en este tipo de obras. El mero cambio en el lenguaje de expresión o en la técnica utilizada suele ser suficiente para poder hablar de una obra distinta”³⁹³.

³⁸⁹ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 154.

³⁹⁰ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 404.

³⁹¹ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 71.

³⁹² Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 166.

³⁹³ *Ibíd.*

Sea como fuere, cabe destacar que, comúnmente, el término adaptación se entiende limitado a las artes escénicas, comprendiendo la transformación de una obra literaria en una obra dramática o en una obra audiovisual. Empero, las posibilidades son mucho mayores. Cabe destacar que también es adaptación el paso de novela a serie televisiva o a obra coreográfica, de obra dramática a obra musical, de historieta gráfica a televisión, de dibujo animado a videojuego, y así, las posibilidades son casi ilimitadas. Por lo mismo, a decir de Patricia Mariscal, “la adaptación podría verse como un cajón de sastre en el que se engloban todas aquellas transformaciones que suponen un cambio de género y que no encuentran cabida dentro de otras especies transformativas”³⁹⁴.

Resaltados los rasgos esenciales del acto de adaptación, y acudiendo a las categorías de obras derivadas que se han propuesto ampliamente a nivel comparado, Héctor Ayllón Santiago nos cuenta lo siguiente:

En la adaptación la originalidad de la nueva obra reside tanto en la composición como en la forma de expresión de la misma, permaneciendo inalterados ciertos elementos de la obra primigenia –argumentos, personajes, temática, etc.– que son los que permiten su identificación o conexión en la obra adaptada ya que de variarse también el contenido nos hallaremos ante una obra nueva no ante una obra derivada³⁹⁵.

En relación con esa obligación de conservar las características propias de la obra originaria, según nos cuenta López Sánchez:

El adaptador no está obligado a seguir paso a paso la obra que va a adaptar, sino que debe actuar en función de las necesidades de su arte, y así extraer lo esencial para revestirlo de una forma nueva, sin que ello legitime al adaptador para, por ejemplo, introducir cambios en el desenlace final de la obra³⁹⁶.

Y es que, el cambio en la forma de expresión viene mediatizado por el tipo de obra, por el género y por el destinatario de la obra derivada adaptada. Así las cosas, como nos explica algún autor, “cuando se adapta una obra literaria al género cinematográfico deberán introducirse ciertas modificaciones para que el desarrollo de la trama de la obra literaria transcurra con mayor fluidez y si la obra está destinada a un público infantil

³⁹⁴ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 405.

³⁹⁵ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 155.

³⁹⁶ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 71-72.

deberá adecuarse el lenguaje empleado para su comprensión por el público asistente a las salas de cine”³⁹⁷.

Con todo, por un lado, López Sánchez agrega lo siguiente:

Al sujeto adaptador se le reconoce cierta libertad para encontrar la expresión nueva de una obra, sin omitir la obligación de fidelidad a la obra originaria”. Dicho en otras palabras, “el derecho de modificar la obra según las necesidades de la adaptación no constituye un derecho absoluto que va a permitir total libertad al adaptador; puesto que, de configurarse los requisitos, el autor de la obra adaptada puede hacer invocar que ha sufrido una laceración de su derecho moral de respeto a la integridad de la obra”³⁹⁸.

Esto así ya que:

Dentro de la amplia amalgama posible de transformaciones hay adaptaciones en las que el elemento transformativo o de originalidad está mucho más presente que en otras. Cuando la adaptación supone un salto en el lenguaje expresivo, la transformación tendrá un carácter muy acentuado y los lazos con la obra de origen serán necesariamente más débiles. El caso prototípico es el de la adaptación cinematográfica de textos literarios. Las necesarias modificaciones que implican este tipo de obras a fin de adecuarla al nuevo medio en el que va a ser expresada, puede lacerar el derecho a la integridad de la obra en la medida en que la adaptación no se adecúe al espíritu de aquella”³⁹⁹.

Por demás, como el requisito esencial de la adaptación es transmutar o modificar una obra primigenia, el autor de esta que autoriza su adaptación está implícitamente consintiendo la realización de las modificaciones necesarias para llevarla a cabo. Pero una aclaración se impone. Como nos aclara nuevamente López Sánchez, “ese consentimiento ha de relacionarse necesariamente con las modificaciones de forma, esto es, no puede suponer modificaciones de fondo, que desnaturalizarían la obra originaria, pues la obra derivada no debe ser más que la transposición de la forma”⁴⁰⁰. Ya lo habíamos dicho párrafos arriba: el adaptador debe respetar el espíritu y el estilo de la obra primigenia objeto del acto de adaptación, puesto que han de preservarse irremediablemente invariables.

³⁹⁷ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 155.

³⁹⁸ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 72.

³⁹⁹ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 406.

⁴⁰⁰ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 72.

3.3.3 Arreglos musicales

El término en sí de arreglo musical es bastante equívoco teniendo en cuenta el significado que dicho vocablo ha adoptado fuera del ámbito musical. Incluso hay autores que no tienen miramientos en calificarlo de pretencioso, si quien lo realiza es un autor diferente, porque parece que el segundo autor fuera a mejorar la obra originaria⁴⁰¹. Sea como fuere, es ineludible que los arreglos en la música han adquirido enorme importancia, puesto que en muchas ocasiones la música arreglada es la que suele adquirir mayor difusión y popularidad entre el público, por encima de la primigenia.

En todo caso, debemos comenzar por saber a qué nos referimos cuando hablamos de arreglos musicales. En ese sentido, en el lenguaje musical

...se entiende por arreglo la adición de diferentes partes armónicas y rítmicas a una melodía básica, así como la reordenación de las mismas. Se trata de modificar alguno de los elementos que dotan de originalidad a la composición musical –principalmente la melodía, la armonía y el ritmo– de manera que dé lugar a un efecto estético de conjunto diferente. Generalmente, el arreglo se lleva a cabo para adaptar la pieza originaria a un medio distinto de aquel para el que fue compuesta originalmente⁴⁰².

Con todo, dados los distintos matices que ha adquirido el término en otros ámbitos que se sustraen a la órbita puramente jurídica, pues, acudamos al Glosario de la OMPI que nos propone la siguiente definición de arreglo musical:

En general se entiende que significa el ajuste de la forma de expresión de una obra musical para fines especiales, según los requisitos de una determinada orquesta o instrumento músico, o de la escala real de voz de un cantor, etc. El arreglo musical consiste casi siempre en la orquestación o transposición a una clave distinta, y no supone necesariamente la creación de una obra derivada; sin embargo, los arreglos de originalidad creativa deben considerarse como adaptaciones, sin perjuicio de ninguna protección de los derechos existentes sobre la obra arreglada⁴⁰³.

Se puede apreciar de la definición anterior que sugiere una cierta similitud con la traducción, puesto que en ambos casos la modificación afecta a la forma de expresión de

⁴⁰¹ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 11”, 132.

⁴⁰² Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 165.

⁴⁰³ Concepto n° 11, Glosario de derecho de autor y derechos conexos, 11.

las obras, incluso, la doctrina francesa ha ido más lejos, llegando a denominar los arreglos como «traducción musical»⁴⁰⁴.

Por demás, según nos cuenta algún autor, la definición técnica de arreglo es la siguiente:

Es la adaptación de una composición para un medio diferente de aquel para el que fue compuesta originalmente, generalmente con la intención de conservar la esencia de la sustancia musical. Ello se traduce en un aporte de originalidad que afecta a los aspectos expresivos de la pieza musical, principalmente a los aspectos melódicos, armónicos o rítmicos, pero también puede incidir sobre la instrumentación, la articulación, la dinámica, la ornamentación o la digitación.

De tal suerte, “se consideran arreglos la orquestación de una obra concebida inicialmente para un solo instrumento, la modificación de una obra musical vocal que permite su interpretación instrumental, o la reducción de una pieza orquestal para su ejecución por un solo instrumento”⁴⁰⁵.

Partiendo de las definiciones anteriores, se pueden considerar arreglos musicales “la orquestación de una obra concebida inicialmente para un solo instrumento, la modificación de una obra musical vocal que permita su interpretación musical, o la reducción de una pieza orquestal para su ejecución por un solo instrumento”⁴⁰⁶.

Y es que

La originalidad requerida para considerar que un arreglo constituye obra derivada podrá recaer sobre cualquiera de los elementos referidos, siendo indiferente en qué proporción. Lo importante será, en todo caso, que la transformación de la obra primigenia tenga como resultado un efecto estético de conjunto diferente⁴⁰⁷.

Por demás, como nos advierte el maestro Rodrigo Bercovitz, “en el campo de la música ligera, esa diferencia exigida (originalidad mínima) suele ser bastante reducida.

⁴⁰⁴ Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 90.

⁴⁰⁵ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 419-420.

⁴⁰⁶ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 165-166.

⁴⁰⁷ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 420.

Cabe plantearse como problema si ese nivel reducido de originalidad debe mantenerse (o, por el contrario, exigir un nivel superior) cuando se trata de transformar música clásica del dominio público en música ligera”⁴⁰⁸.

Como nos explica José Miguel Rodríguez Tapia en sus comentarios al artículo 11, sobre las obras derivadas, del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española:

Lo que escapa al genuino arreglo (*arrangement, Bearbeitung*) musical es la alteración de los elementos esenciales de la obra musical; esto es, la alteración de la melodía, de la armonía o del ritmo. Así, aunque en una obra musical, como en las artísticas, la frontera entre forma y contenido no es sencilla ni clara, no es arreglo (transformación) sino modificación (alteración del contenido), y afecta de lleno al derecho moral irrenunciable del autor la alteración de la melodía, de la armonía o de ritmo⁴⁰⁹.

Así lo consideró el Tribunal Supremo español (en su STS 23-5-1975), al pronunciar que la alteración de una armonía altera el núcleo esencial de la composición musical.

Por demás, nos cuenta algún autor que los tribunales americanos, con amplia experiencia en litigios que versan sobre materia musical y copyright, exigen para calificar un arreglo musical como original los siguientes requisitos:

Que aporte diferencias sustanciales (el denominado test de la sustancialidad que se basa en las diferencias objetivas entre ambas; y que estudiamos en la sección precedente, concerniente a las fases de la transformación), o bien, que goce de alguna característica distintiva que dote a la obra de alguna peculiaridad nueva⁴¹⁰.

Cabe destacar que

La doctrina alemana considera que no es arreglo musical protegible legalmente, aunque comercialmente puedan emplear dicho nombre, la mera yuxtaposición de fragmentos ajenos, en lo que suele llamar *potpourri*, *popurrí*, *melange* o *medley*, donde lo que existe es una mera reproducción de fragmentos enlazados sin una mínima altura creativa o, lo que es más grave, con alteraciones sustanciales de ritmo⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 197.

⁴⁰⁹ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 11”, 132.

⁴¹⁰ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 420-421.

⁴¹¹ José Miguel Rodríguez Tapia (Director), “Comentario al artículo 11”, 133.

Por demás, otros autores sugieren deslindar el concepto de arreglo musical *estricto sensu* de aquellos «arreglos» que, como las orquestaciones, son de índole meramente técnico como son las transposiciones y las transcripciones. Así,

Las transposiciones consisten en la elevación o disminución de todas o algunas de las notas de la obra musical para facilitar su ejecución por otros intérpretes o con otros instrumentos musicales, mientras que la transcripción supone el cambio de clave musical facilitando igualmente, de este modo, la ejecución de la obra música por instrumentos o voces distintos de aquellos para los que originariamente fue concebida⁴¹².

En conclusión, nos explica Galacho Abolafio que es posible distinguir, al menos, tres tipos de proceso que entrarían a formar parte de la consideración de arreglo musical.

El primero de ellos es el arreglo, por así decir, en términos estrictos, entendiendo como traducción, que designa la modificación de la imagen sonora de una pieza musical, consecuencia de su adaptación a un nuevo instrumento o voz. Un arreglo puede ser igualmente el resultado de una simplificación de la partitura original, manteniendo la instrumentación original. Por último, y al contrario, puede suponer algún proceso de paráfrasis o elaboración, que implicaría diferentes maneras de servirse del material sonoro original, haciéndolo de alguna manera más complejo⁴¹³.

3.3.4 Las colecciones

Las colecciones son un tipo de obra derivada bastante peculiar, debido a su naturaleza creativa. Esto se verifica con facilidad si se realiza una lectura del segundo inciso del art. 6 LDA que nos dice lo siguiente:

Están protegidas como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originarias y en cuanto constituyan una creación original: Las colecciones de obras literarias o artísticas, tales como las enciclopedias y antologías, y otras de similar naturaleza, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales⁴¹⁴.

Partiendo del precepto anterior, y con base en el criterio de clasificación abarcador de los actos transformativos que nos propuso Patricia Mariscal en el apartado anterior, puede decirse que las colecciones serían un tipo de transformación contextual por yuxtaposición. Ciertamente, podemos considerar lo siguiente:

⁴¹² Héctor Ayllón Santiago, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 94.

⁴¹³ Antonio Francisco Galacho Abolafio, *La obra derivada musical...*, 231.

⁴¹⁴ Artículo 6, Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, de 14 de marzo de 2001.

Las obras que se incluyen en la colección son transformadas porque salen de su contexto originario para insertarse en otro diferente junto con otras obras, fragmentos de obras y en la medida en que tal incorporación se realice conforme a unos criterios de selección y disposición originales. Esta nueva disposición de las obras tiene lugar por yuxtaposición, lo que significa que cada una de las obras o fragmentos, aun formando parte de un conjunto mayor, es perfectamente identificable dentro de otras transformaciones contextuales como la fusión (por ejemplo, un *collage*), o en la sincronización (de una obra musical en una película), porque el grado de confusión entre las obras que se incorporan es mínimo⁴¹⁵.

Sea como fuere, lo verdaderamente importante a destacar, siguiendo a Galacho Abolafio, es que “la originalidad de las colecciones no radicará por tanto en el elemento de forma que constituye la expresión, que permanecerá intacta, sino en la composición. En otras palabras, lo que se protege es el modo de componer una obra partiendo de obras preexistentes. Inclusive, como nos cuenta Galacho Abolafio:

Algunos autores se han referido a la actividad para concebir este tipo de obras como «apropiación indirecta», pues se caracteriza porque no introduce cambios expresivos en la obra incorporada⁴¹⁶. Indubitablemente, en las colecciones, como obras derivadas que son, la forma interna cobra una importancia del todo impensable en otro tipo de obras protegidas por los derechos de autor⁴¹⁷.

No obstante, nos aclara Rodrigo Bercovitz que

Para alcanzar un grado mínimo de originalidad no basta con la mera recolección indiscriminada de datos o de obras, ni su ordenación o disposición de acuerdo con criterios habituales o rutinarios (ordenación alfabética, cronológica, por domicilios, por tamaños, por zonas geográficas). Tal es el caso normalmente de las guías de teléfonos, listas de direcciones, de profesionales, callejeros, cartas de vino, programas, obras completas⁴¹⁸.

Por demás, la protección conferida a este tipo de obras viene desde el Convenio de Berna que, en términos similares, así lo establece en su art. 2.5. Precisamente por ello, cabe aclarar que

Con el recurso al término «colección», la Unión de Berna pretendía enfatizar la naturaleza autoral de los contenidos de estas. Por el contrario, en el lenguaje común, se habla de compilaciones y recopilaciones para hacer referencia a colecciones de todo tipo, en muchos casos de naturaleza meramente informativa. La diferencia entre el concepto de

⁴¹⁵ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 428.

⁴¹⁶ *Ibíd.*

⁴¹⁷ Antonio Francisco Galacho Abolafio, *La obra derivada musical...*, 116.

⁴¹⁸ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 12”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 200.

recopilaciones y el más moderno término de bases de datos⁴¹⁹ está en la mayor capacidad que suele caracterizar a estas segundas para contener volúmenes ingentes de elementos, a diferencia de tiempos pasados, y que generalmente se caracterizan por la naturaleza electrónica de su formato⁴²⁰.

Y la aclaración se impone, ya que en lo concerniente estas últimas, las bases de datos, cabe destacar que su protección nada tiene que ver con los contenidos, sino estrictamente con la forma de disponerlos. En cambio, en las colecciones el contenido mantiene una importancia inestimable frente a la forma de organizarlos. Pues la obra en sí misma contenida en la colección es tanto o más importante que el modo en que esta ha sido incorporada junto al resto de obras. Es por ello que se impone diferenciar ambas figuras, puesto que

La aportación que el autor lleva a cabo en la base de datos se sitúa en un plano estrictamente funcional, es decir, cómo permitir el acceso de la forma más eficaz posible a unos determinados contenidos, mientras que en una colección la impronta del autor se hará patente en la creatividad de relacionar el contenido de las diferentes obras, de forma que esta relación tenga la suficiente importancia creativa y sea lo suficientemente original, como para considerar que los criterios utilizados para dicha disposición sean dignos de protección por parte de la propiedad intelectual⁴²¹.

Nos recuerda Rodrigo Bercovitz que al igual que en todos los demás campos de la creación intelectual, la complejidad de la obra favorece su originalidad. En relación con esa complejidad hay que tener en cuenta que las colecciones pueden ser de materiales u obras heterogéneas, puesto que entran dentro de este tipo de obras las colecciones entendidas en su sentido más amplio⁴²². De igual forma, la finalidad perseguida con la colección es irrelevante a los efectos de su reconocimiento como obra protegible⁴²³.

⁴¹⁹ Conforme el art. 2.12 LDA: “Las bases o compilaciones de datos u otros materiales, legibles por máquina o en cualquier otra forma, que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, pero no de los datos o materiales en sí mismos y sin perjuicio del derecho de autor existente sobre las obras que puedan ser objeto de la base o compilación”. La definición anterior se ha presentado con el mero interés de puntualizar necesariamente algunas semejanzas y diferencias entre las bases de datos y las colecciones.

⁴²⁰ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 186.

⁴²¹ Antonio Francisco Galacho Abolafío, *La obra derivada musical...*, 119.

⁴²² Así las cosas, comprenden antologías, diccionarios, enciclopedias, recopilaciones, revistas de prensa, obras completas, obras selectas, recopilaciones de disposiciones legales y resoluciones de órganos del Estado, revistas y periódicos, almanaques, calendarios, recopilaciones de documentación, léxicos, libro-

Al calor de lo anterior, cabe destacar que la originalidad de la colección es el único parámetro a tener en cuenta a la hora de delimitar la concreta extensión de la protección autorral. En este sentido, como nos aclara algún autor:

No se exige que una colección, para ser protegida, deba ser original tanto en su selección como en su disposición, sino que la existencia de uno de estos dos tipos de originalidad bastará. La concreta originalidad existente en una colección definirá la posible infracción del derecho de autor sobre ésta. Así, la originalidad de ambos criterios –tanto en la selección como en la disposición– supone un blindaje frente a terceros, que habrán de contar con el consentimiento del autor de la colección originaria aunque únicamente pretendieran emplear uno de los dos criterios originales creados por el primero. Empero, en aquellos supuestos en los que solamente uno de los parámetros antes mencionados fuere original, el uso por parte de un tercero del otro criterio no supondrá, por definición, una infracción del derecho del autor de la colección⁴²⁴.

Y es que la protección del autor de la colección no se podrá entender referida al contenido de dicha colección considerado en su conjunto, como un todo, más allá de la suma de los distintos derechos que individualmente pudieran proteger a cada una de las obras recopiladas. De ahí que, como nos explica algún autor, la interdicción de perjuicio en los derechos de los autores que conforman el contenido de la colección deba entenderse en un doble sentido, como límite positivo y negativo del derecho del autor de la colección.

En primer lugar, implica la independencia de la protección de la colección con respecto a la tutela de las obras que se contienen en ella –en este sentido, la contravención del derecho de autor del creador de la colección dimana, con carácter exclusivo, del uso no consentido de su selección o disposición original–. Y, en segundo lugar, supone la necesidad del autor de la colección de contar con los respectivos permisos de los autores de las obras que se pretendan incluir en dicha colección, siempre que estas no hubieran caído en el dominio público⁴²⁵.

Con todo, es importante destacar que como se trata de una obra derivada, obviamente, “la colección generará unos derechos propios y tendrá una duración independiente de las obras que en ella se integran. Así, pues, el hecho de integrar una

homenajes, anuarios, atlas, libros de canciones, libros de arte, popurríes, recetarios, espectáculos circenses, de variedades.

⁴²³ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), “Comentario al artículo 12”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 201.

⁴²⁴ Patricia Mariscal Garrido-Falla, “Comentario al artículo 2.5”, en *Comentarios al Convenio de Berna...*, 189-190.

⁴²⁵ *Ibíd.*, 188-189.

obra, o un fragmento de ella, dentro de un conjunto más extenso no significa una ampliación de su plazo de duración, ni para el caso de que la obra estuviera en el dominio público, un “revivir” del mismo”⁴²⁶.

Refiriéndonos a unos de los tipos concretos de colección referidos en la Ley, esto es, las antologías, podemos decir *grosso modo*, junto con López Sánchez, que

...en ellas se presentan trozos seleccionados según un orden, cronológico o temático. En estos casos se produce propiamente una incorporación de las obras ya que el autor de la antología se limita a realizar una selección y presentar, según un orden, los pasajes que haya seleccionado. Se ha creado una obra nueva a la que se incorporan materialmente pasajes de obras preexistentes, porque sus gustos, concepciones literarias, filosóficas, morales y religiosas le habrán servido de criterio en la selección. En este caso la obra personal consiste en proceder a la selección de extractos. Se trata, en definitiva, de una incorporación material de la obra preexistente, no intelectual⁴²⁷.

⁴²⁶ Patricia Mariscal, *Derecho de transformación y obra derivada*, 430.

⁴²⁷ Cristina López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, 85.

CONCLUSIÓN

A lo largo de esta memoria final se pudo estimar que el derecho patrimonial de transformación es, quizás, el más complejo de todos los derechos de autor. Esto así ya que se trata, en esencia, de un derecho heteróclito con un enorme potencial en su ejercitación. Y es que las modalidades que puede adoptar son casi incontables, que si bien se rigen por presupuestos generales, cada una tiene su particular dimensionamiento y en la mayoría de las ocasiones no resulta nada fácil definir su alcance.

Como pudimos verificar, el derecho de transformación posee unos rasgos particulares dentro de la cosmogonía autoral, puesto que es el único derecho patrimonial cuyo ejercicio genera nuevas prerrogativas. Dicho en otras palabras, es el único derecho patrimonial que implica actividad creativa y, consecuentemente, nacimiento de nuevos derechos relativamente autónomos. Pues todo acto de transformación necesariamente debe versar sobre una obra existente, revestida de fuerza tuitiva, si no se tratase de una creación independiente que nada le adeuda a ninguna otra preexistente. Ahora bien, precisamente ahí es que reside la problemática de este derecho, puesto que se encuentra, indefectiblemente, vinculado a los derechos e intereses de otro sujeto, que de no enmarcarse bajo reglas claras podrían reñir.

Ningún derecho es absoluto. Todos comportan límites. Sin importar su naturaleza moral o patrimonial, dependiendo del ámbito, contexto y circunstancias particulares en que se trastoquen dos derechos legítimamente protegidos, estos han de armonizarse a fin de garantizarlos mutuamente. La doctrina más calificada, junto a la jurisprudencia comparada de mayor calado, se ha propuesto con cierta eficacia dotar de claridad este vericuetto legal, muy complejo, de las obras derivadas. En efecto, se han aportado los parámetros para compulsar dos obras que presenten similitudes sustanciales y así poder determinar si se trata de legítima derivación o reprehensible acción plagaria. Diversos países han establecido doctrinal y jurisprudencialmente el alcance de cada modalidad concreta, al menos las más usuales, del derecho de transformación. Sin enunciar nuevamente la miríada de situaciones problemáticas que se suscita entorno al derecho de transformación, solo queremos acotar que se disponen de las herramientas teóricas para arrostrar sus complejidades.

Ahora bien, cada manifestación autoral debe analizarse de manera concreta, así como las controversias a las que se ciñan. Existen presupuestos generales pero cada situación amerita ser atendida desde su propia particularidad. En ese sentido, la legislación es la principal herramienta a aplicar, ya que esta es la que define, en esencia, el alcance de cada derecho y el régimen jurídico al cual se adscribe. Por eso han sido tan disimiles decisiones del copyright y el sistema continental que parten de supuestos de hecho similares. Principalmente, debido a la mayor preeminencia que se le da al elemento moral o patrimonial en uno u otro.

Lo anterior lo hemos esbozado solo para introducir el enfoque que consideramos adecuado para abordar el tratamiento de la problemática planteada en esta memoria final. Es decir, consideramos que para desbrozar eficazmente la naturaleza tan compleja del derecho de transformación, desde el prisma de la legislación autoral dominicana, resulta menester abordarlo desde sus presupuestos más elementales.

Al calor de lo anterior, consideramos que fue posible la consecución de los objetivos propuestos en el desarrollo de esta memoria final, ya que con bastante profundidad dotamos de claridad sobre cuál es la naturaleza y alcance de este intrincado y complejo derecho de transformación conforme se encuentra regulado en la legislación dominicana, que, como hemos dicho ampliamente, crea toda una nebulosa al respecto.

Además de que articulamos la interpretación y aplicación más idónea del derecho de transformación en toda su complejidad, esencialmente, en consonancia con el alcance que ha tenido su interpretación en las legislaciones y doctrinas comparadas. Con el extenso y riguroso análisis que realizamos aunado a los elementos que propusimos como criterios esenciales en la delimitación de este derecho, los distintos actores del sistema judicial, los creativos en general y ciudadanos comunes, tienen a su alcance un estudio que esclarece con precisión la naturaleza del derecho patrimonial de transformación y el alcance del conjunto de prerrogativas que confiere.

Por demás, considerando la naturaleza bifronte de este derecho y su amplitud entitativa, les corresponde a las distintas legislaciones trazar los marcos a los que ha de ajustarse, a fin de delimitar su alcance. Realizando un breve periplo por nuestro entorno comparado, se puede verificar que la gran mayoría de países han consagrado la protección del derecho de transformación en términos similares a los propuestos por el

Convenio de Berna. Por razones históricas, sociales y económicos la confección de la acción transformativa se ha realizado a retazos. Infortunadamente la República Dominicana se adscribió a este modelo sin darle matiz alguno. De suerte que nos parece, de entrada, que este derecho tan intrincado resulta difícil de tratar debido a su configuración normativa, puesto que se le brinda un tratamiento escaso que resulta deficiente.

Como al efecto sucede, nuestra normativa autoral no nos proporciona una concepción clara de lo que es el derecho de transformación, solo se limita a ofrecer un listado ejemplificativo con algunos supuestos concretos del acto transformativo. Aunque a simple vista luzca algo nimio o mera disquisición del autor, consideramos que una reestructuración conceptual del derecho de transformación dotaría de mayor claridad su intrincada naturaleza. Esto así, puesto que el precepto tal cual está articulado nos obliga a realizar una operación exegética de deconstrucción entitativa y sustraer los elementos basilares de la transformación. Es decir, la delimitación de las distintas manifestaciones transformativas no está dada claramente en nuestra ley y, en caso de que se suscite una determinada controversia, el juzgador se ve impelido innecesariamente a realizar abstracciones al margen de nuestra deficitaria normativa.

Con la configuración normativa vigente se torna un tanto difícil lidiar con las problemáticas que representa en ocasiones, por ejemplo, la trascendencia de géneros en las adaptaciones o la necesaria reproductividad sustancial de la transformación. Pero todavía más. Entendemos que no está del todo claro el supuesto de inclusión de una obra en otra contemplado vagamente en el art. 19.3 LDA, ¿cuál es el alcance de esa inclusión? ¿Se trata de incluir una obra entera inalterada –supuesto que en esencia es reproducción pura– o solo parte de ella junto al aditamento creativo? Lo único que queda claro es que nuestra normativa no nos proporciona los elementos para determinarlo. Y hago alusión a esta figura concreta debido a la relevancia que tiene dentro del proceso transformativo. Incluso en España han tratado de dotarla de entidad propia, aunque de manera confusa y un tanto errónea, bajo la denominación de obra compuesta. Acertada o infortunada la configuración dada en España solo apuntalamos el caso porque consideramos que, ciertamente, debe desarrollarse un poco más este tipo de manifestación, de suma utilidad e importancia en el ámbito audiovisual.

Dicho todo lo anterior, proponemos como punto de partida para desbrozar la naturaleza de la transformación, que se reconfigure el precepto normativo y se haga desde el enfoque del acto transformativo. Así es más fácil establecer el alcance de su ejercitación, además de que nos ahorramos abstracciones innecesarias a la hora de analizar la normativa. Por ejemplo, señalé en su momento que me parece acertada, dentro de su propio ámbito, la definición que ofrece la OMPI sobre la adaptación en materia de recursos genéticos y expresiones culturales, que rezaba así: “adaptación es el acto de transformar una obra ya existente (ya sea una obra protegida o una obra que forme parte del dominio público) o una expresión del folclore con una finalidad distinta de la que originalmente tuvo, de manera que dé origen a una nueva obra en la que los elementos de la obra preexistente y los nuevos, añadidos como resultado de la modificación, quedan fusionados”.

Construcciones como esta nos permiten apreciar que la adaptación, manifestación concreta de acto transformativo, impone los siguientes requisitos: 1) tenga una finalidad distinta de la que fue concebida para la obra primigenia; 2) la obra primigenia esté protegida o se encuentre en el dominio público; 3) que origine una nueva obra –original–; 4) queden fusionados los elementos de la obra primigenia y la adaptación. Sea como fuere, nos resultaría más sencillo establecer el alcance de supuestos concretos de transformación si la fraseología de los preceptos estuviese mejor construida, proporcionando elementos para la interpretación.

Por demás, dotaría de eficacia a la figura de la transformación si se consagrara un precepto sistemático y no de manera dispersa y un tanto atolondrada como está ahora. A partir de una construcción desde el enfoque del acto transformativo, bien podrían adherirse cláusulas concernientes a los supuestos concretos, que no deberían eliminarse y dejar la definición general, debido a las particularidades de cada concreción. Sin dudas, se lograría cierta armonía y coherencia entre los distintos conceptos que se envuelven en la transformación.

Por demás, respecto a los derechos conexos, si bien desarrollamos los fundamentos de que no se consideren como creaciones a las interpretaciones y ejecuciones, no se puede poner en duda que en ellas se imprime el insumo personal del sujeto que las ejecuta. Estos gozan de sus prerrogativas morales pero ¿qué sucede con

las transformaciones? Nuestra normativa los excluyó totalmente y no me parece que deba ser enteramente así. En España, legislación referencial en toda nuestra memoria final, se les ha reconocido a los artistas la prerrogativa de autorizar el doblaje de sus actuaciones en su propia lengua porque atañe directamente a su impronta. Sin desarrollar mucho ese precepto solamente lo traigo a colación porque considero que en casos de doblaje – como vimos, acto transformativo puro–, verdaderamente debería contarse con el consentimiento de los artistas.

Finalmente, como complemento esencial y herramienta que dote de eficacia la necesaria armonización de los derechos e intereses heterogéneos que convergen en la actividad transformativa, sería provechoso que se regule el denominado derecho de transformación. Esto por una razón muy sencilla. Verificada la enorme complejidad del derecho de transformación, el escasísimo desarrollo jurisprudencial que tenemos en materia autoral y la configuración normativa tan confusa que tenemos actualmente, resulta acuciante que se tracen los presupuestos elementales a los cuales debe ceñirse la cesión o licenciamiento del derecho de transformación. Dada la amplitud de la figura y las problemáticas consustanciales que supone, dejarle su delimitación y alcance enteramente a las partes, casi nunca consientes de las repercusiones y alcances de la derivación, se nos antoja funesto y aventurado.

Otro tipo de contratos se regulan con basamentos similares. Además, la consagración legislativa del contrato de transformación reviste de cierta importancia en el contexto actual. Entre las manifestaciones transformativas que más problemáticas han suscitado, y que actualmente son de las más empleadas, es la adaptación cinematográfica. Tomando en cuenta la eclosión que ha tenido la industria cinematográfica en nuestro país, y las recientes muestras de adaptaciones de guiones tales como “*Reinbow*” del escrito Pedro Cabiya, o “*La otra Penélope*” de Andrés L. Mateo, por solo citar ejemplos arbitrarios, resultaría altamente provechoso y oportuno establecer el marco normativo del contrato de transformación. Fijándose los presupuestos elementales que propendan a la armonización de los intereses convergentes en ese tipo de negocio jurídico tan complejo.

Sea como fuere, el debate está abierto. El derecho de transformación es sumamente complejo, heteróclito y de enorme amplitud debido a su propia naturaleza. Inequívocamente cada país ha de interpretarlo conforme a sus propias reglas, a pesar de los presupuestos generales que se han esbozado. Por ende, dado nuestro escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinal para aclarar la cuestión, serviría hasta de aliciente para desarrollar la figura de las obras derivadas, que se dote el precepto normativo con los elementos suficientes que permitan un tratamiento eficaz y más diáfano de la transformación.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramowicz, Michael B. *A Theory of Copyrights Derivative Right and Related Doctrines*. Minnesota Law Review. Vol. 90. 2005-2006. Citado en Mariscal, Patricia. *Derecho de transformación y obra derivada* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 45.
- Agúndez Fernández, Antonio. *Estudio jurídico del plagio literario*. Granada: Comares, 2005.
- Alarcón, Edynson. *Manual de Derecho de Autor Dominicano*. Santo Domingo: Gaceta Judicial, 2009.
- Alonso Palma, Ángel Luis. *Propiedad intelectual y derecho de autor*. 3ª edición. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2015.
- Ayllón Santiago, Héctor. *El derecho de transformación de las obras del espíritu*. Madrid: Reus, 2014.
- Bécourt, Daniel. “Revolución francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo”. Boletín de derecho de autor. Vol. XXIV. N° 4. París: UNESCO, 1990: 4-13. <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000885/088519so.pdf> (Fecha de consulta: 4 de marzo de 2017).
- Barberán Molina, Pascual. *Manual práctico de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos, 2010.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), “Comentario al artículo 10”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.

- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador). “Comentario al artículo 12”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Manual de Propiedad Intelectual*. 6ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- Bourdieu, Pierre. *Campo de Poder, Campo Intelectual. Itinerario de un concepto*. Tucumán: Montessor, 2002.
- Cabedo Serna, Llanos. “Comentario al artículo 12”, en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Madrid: Tecnos, 2013.
- Cámara Águila, Pilar. «Comentario al artículo 113», en Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz (Coordinador). *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- Carreidoira y Alfonso, Loreto. *La protección de talento. Propiedad intelectual de autores, artistas y productores con especial atención a internet y obras digitales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- Cohen, Julie E., Pallas Loren, Lydia, Okediji, Ruth L. and O'Rourke, Maureen A. *Copyright in a Global Information Economy*. Third Edition. New York: Aspen Publishers, 2010.
- Drahos, Peter. *A Philosophy Of Intellectual Property*. New York: Routledge, 2016.
- Eco, Umberto. *Decir casi lo mismo*. Barcelona: Penguin Random House, 2016.
- Esteve Pardo, Mª Asunción (Coordinadora). “Los derechos morales del autor”. Capítulo 7 en *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- Fayos Gardó, Antonio. *La Propiedad Intelectual en la era digital*. Madrid: Dykinson, 2016.

- Fernández Rodríguez, Mary. “La propiedad intelectual del siglo XXI: El antes y el después en la República Dominicana”. *Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual* (ANUDOPI), 2014, 15-36.
- Ficsor, Mihály. *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 2003. http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf (Fecha de consulta: 17 de marzo de 2017).
- Fisher III, William W. "*Theories of Intellectual Property*". Stephen Munzer, ed. *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge University Press, 2001.
- Galacho Abolafio, Antonio Francisco. *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*. Navarra: Aranzadi, 2014.
- García López, Arturo Ancona. *El Derecho de Autor en la Obra Audiovisual*. México: Editorial Porrúa, 2012.
- Garrido-Falla, Patricia Mariscal. “Comentario al artículo 2.3”, en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Madrid: Tecnos, 2013.
- Garrido-Falla, Patricia Mariscal. “Comentario al artículo 2.5”, en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Madrid: Tecnos, 2013.
- Glynn S., Luney Jr. *Copyright, Derivative Work, and the Economic Complements*. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technical Law*. Vol. 12, 2010.
- Goldstein, Mabel. *Derecho de Autor*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1995.
- Goldstein, Paul. *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*. 30 *Journal of the Copyright Society* 209, 1983.
- Goldstein, Paul. *Goldstein on Copyright*. New York: Wolters Kluwer, 2005.

- Hughes, Justin. *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 *Georgetown Law Journal*, 287 (1988).
- Landes, William and Posner, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- Lipovetsky, Gilles. *El imperio de lo efímero. La moda y su destino en las sociedades modernas*. 6ª edición. Barcelona: Anagrama, 2012.
- Lipovetsky, Gilles. *La pantala global. Cultura mediática y cine en la era hipermoderna*. Barcelona: Anagrama, 2009.
- López Sánchez, Cristina. *La transformación de la obra intelectual*. Madrid: Dykinson, 2008.
- Marco Molina, Juana. “Comentario al artículo 11”, en Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz (Coordinador). *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- Marco Molina, Juana. *La formación del concepto de Derecho de Autor y la originalidad de su objeto*, en Agustín Macías Castillo y Miguel Ángel Hernández Robledo (Coordinadores), *El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías, Reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de Propiedad Intelectual* (Madrid: La Ley, 2008), 307.
- Marín López, Juan José. «Comentario al artículo 41», en Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz (Coordinador). *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- Mariscal, Patricia. *Derecho de transformación y obra derivada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- Marsal Guillamet, Joan. “El sujeto del Derecho de Autor”. Capítulo 2 en *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

- Maskus, Keith E. *Intellectual Property Rights in the Global Economy*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 2000.
- May, Randolph J. and Cooper, Seth L. *The Constitutional Foundations of Intellectual Property: A Natural Rights Perspective*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2015.
- Montes de Oca, Pedro Félix. “*La situación nacional del derecho de autor y los derechos conexos*”. Trabajo presentado en el Seminario Nacional de la OMPI sobre la Gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, Santo Domingo, 13-15 de octubre de 1998.
- Merges, Robert P. *Justifying Intellectual Property*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.
- Pascual Martínez Espín, «Comentario al artículo 14», en Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz (Coordinador). *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- Patterson, L. Ray and Lindberg, Stanley W. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Athens: The University of Georgia Press, 1991.
- Paz, Octavio. *El arco y la lira. El poema, la revelación poética, poesía e historia*. 4º edición. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez, Karla. *Formatos televisivos y derechos de autor*. México D.F.: Tirant Lo Blanch, 2015.
- Plaza Penadés, Javier. “Comentario al artículo 14”, en Rodríguez Tapia, José Miguel (Director). *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 2º edición. Pamplona: Civitas, 2009.
- Preinfalk Lavagni, Ivonne. *El derecho moral del autor de programas informáticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Raffo, Julio. *Derecho autoral: Hacia un nuevo paradigma*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

- Rangel Medina, David. *Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- Ribera Blanes, Begoña. *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual*. Madrid: Dykinson, 2002.
- Ricketson, Sam. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1896*. Londres: Kluwer, 1987. Citado en Patricia Mariscal Garrido-Falla: “Comentario al artículo 2.5”, en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* (Madrid: Tecnos, 2013), 144.
- Rivero Hernández, Francisco. «Comentario al artículo 11», en Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz (Coordinador). *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- Rodríguez Tapia, José Miguel (Director). “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 2º edición. Pamplona: Civitas, 2009.
- Rodríguez Tapia, José Miguel (Director). “Comentario al artículo 9”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 2º edición. Pamplona: Civitas, 2009.
- Rodríguez Tapia, José Miguel (Director). “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 2º edición. Pamplona: Civitas, 2009.
- Rodríguez Tapia, José Miguel (Director). “Comentario al artículo 66”, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*. 2º edición. Pamplona: Civitas, 2009.
- Rosenthal Kwall, Roberta. *The Soul of Creativity: Forging a Moral Rights Law for the United States*. California: Stanford University Press, 2010.
- Ruipérez Azcárate, Clara. *Las obras del espíritu y su originalidad*. Madrid: Reus, 2012.

- Samuelson, Pamela. *The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right*. Georgetown Law Journal, 1505 (January 2013): 1527-1528.
- Schuster Vergara, Santiago. *Las obras derivadas y su problemática jurídica: Aspectos prácticos en el tratamiento de las obras derivadas en I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual: Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*. Tomo I. Madrid: Ministerio de Cultura, 28-31 octubre 1991.
- Spinello, Richard A. and Bottis, Maria. *A Defense of Intellectual Property Rights*. USA: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Sunder, Madhavi. *From Goods To a Good Life. Intellectual Property and Global Justice*. New Haven: Yale University Press, 2012.
- Strowel, Alain. *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences*. Bruylant, Bruselas: Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1993. Citado en Mariscal, Patricia: *Derecho de transformación y obra derivada* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 41-42.
- Temiño Ceniceros, Ignacio. *El plagio en el Derecho de Autor*. Pamplona: Civitas, 2015.
- Valbuena Gutiérrez, José Antonio. *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- Villarejo, Abel Martín. «Comentario al artículo 105». en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Coordinador), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 636.
- Weinstock Natanel, Neil. *Copyright's Paradox*. New York: Oxford University Press, 2008.