

LA ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS PLÁSTICAS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Prof. Dr. José Manuel Otero Lastres
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá de Henares
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que se ha escrito mucho sobre la “originalidad”, y de que se trata de un término acogido desde el Siglo XIX por nuestra legislación sobre propiedad intelectual, creo que no exagero al afirmar que estamos ante un “concepto enigmático”, es decir, ante una expresión que tiene una **“significación oscura y misteriosa y muy difícil de penetrar”**. Por otro lado, son tantas y tan variadas las creaciones que cabe incluir en la expresión “obras plásticas”, que no es fácil precisar los rasgos conceptuales de esta categoría de creaciones protegibles por la Propiedad Intelectual. Si a esto se añade, la sensación de inaprensible complejidad que evoca la expresión “nuevas tecnologías”, convendrán conmigo que he sido bastante imprudente a la hora de elegir el tema de mi Ponencia, y que es muy probable que haya asumido una tarea que excede de mi capacidad.

Pero si me he atrevido a afrontar esta ponencia, no es porque sea una persona arriesgada a la que le gustan los retos, sino porque, desde que hice mi tesis doctoral al comienzo de la década de los 70, no he dejado de sentir cierta fascinación por el requisito de la originalidad de las obras plásticas. Y como es cierto que “sarna con gusto no pica”, aunque se trata de una ponencia complicada, debo decir que no sentí ningún picor especial mientras la preparaba, porque es un tema que me gusta. Otra cosa es lo que les haga sentir a ustedes. Por eso, si llegan a notar picores o, dicho más

claro, si les resulta aburrida mi intervención, les pido disculpas por adelantado y si la comezón es tan intensa que no la pueden resistir, pueden abandonar la sala con toda tranquilidad, ya que asumo que toda la culpa es mía.

Para finalizar estas palabras introductorias, permítanme que les adelante el esquema de mi intervención. La ponencia se divide en tres partes, cada una de las cuales tiene que ver con las tres cuestiones que se enlazan en el título de la misma.

En la primera parte, me propongo realizar unas consideraciones preliminares sobre las obras plásticas, con el objetivo esencial de delimitar el tipo de creación que voy a tomar en cuenta para analizar cómo juega en ella la originalidad.

En la segunda, haré unas reflexiones generales sobre la originalidad, planteando tres cuestiones fundamentales, a saber: si la originalidad es un rasgo conceptual o un requisito de protección; si existe un concepto unitario de originalidad para todas las obras protegibles por la propiedad intelectual o, por el contrario, la originalidad tiene un contenido distinto en cada una de las tres grandes categorías de obras protegibles, las literarias, las artísticas y las científicas; y, finalmente, cómo debe entenderse la originalidad en las obras plásticas.

En la tercera y última parte de mi intervención, plantearé qué incidencia pueden tener las nuevas tecnologías en el requisito de la originalidad en las obras plásticas, en concreto en el proceso de creación de las obras plásticas.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LAS OBRAS PLÁSTICAS

1. Las obras de las artes plásticas y el TRLPI

De todos es sabido que las obras protegidas por la propiedad intelectual se dividen en tres grandes categorías, que son expresamente mencionadas por el TRLPI en diversos preceptos, y entre ellos, en los artículos 1 y 5: las obras literarias, las obras artísticas y las obras científicas. De estas obras de la propiedad intelectual, únicamente nos interesan ahora las obras artísticas, por tanto, solamente haré referencias a las obras literarias y a las científicas en lo que sea estrictamente necesario para abordar el tema de mi ponencia.

Pues bien, como ya tuve ocasión de señalar hace 30 años (vid. El Modelo Industrial, ed. Montecorvo, Madrid 1.977, pp. 362 y ss) la expresión “obra artística” puede entenderse en un sentido amplio y en un sentido más restringido. En su sentido amplio, y por contraposición a la obra científica y literaria, la obra artística es aquella creación del entendimiento que se expresa por medios distintos de la palabra escrita o hablada, como por ejemplo, los sonidos, el dibujo, la pintura, la escultura, etc. En un sentido más restringido, la obra artística es entendida como sinónimo de “obra de las artes plásticas” o, más sintéticamente, “obra plástica”, que consiste en una configuración bidimensional o tridimensional debida a la fantasía artística, que se hace sensible a través de medios relacionados con la mano del hombre. De acuerdo con esta concepción, son obras plásticas las creaciones del entendimiento expresadas por medio de la pintura, la escultura, el grabado o similares, como la obra de la arquitectura. A este tipo de obras se refería el artículo 37 de la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1.879, en cuyo párrafo primero se disponía “**Los cuadros, las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de la arquitectura o topografía, y en general todas las obras del arte pictórico, escultural o plástico quedan excluidas de la obligación del Registro y del depósito**”.

En lo que ahora nos interesa, y teniendo a la vista el apartado 1 del artículo 10 del TRLPI, cabe afirmar que son obras plásticas, en el sentido restringido en que voy a usar este término, las **creaciones originales artísticas** expresadas por determinados medios o **soportes tangibles conocidos**, como la pintura, el dibujo y la escultura, **u otros que se inventen en el futuro**, comprendiéndose entre ellas, por esta razón, las enumeradas, entre otras, al menos, en las letras e), f) y g) del apartado 1 de este artículo 10. En efecto, la letra e) menciona específicamente “**las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas**”. Que las creaciones mencionadas en la letra e) son “obras plásticas” es algo que no puede discutirse, como lo demuestra el hecho de que al final de esta letra se emplee precisamente al expresión “**y las demás obras plásticas**”. Por su parte, aunque no son expresamente calificadas como “obras plásticas”, también cabría incluir las enumeradas en las citadas letras f) y g), que mencionan, respectivamente, “**los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería**”, así como “**los**

gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia". Finalmente, y como quiera que la enumeración del artículo 10 del TRLPI es meramente enunciativa, existen otras obras que, aunque no son reseñadas en ninguna de las letras de dicho artículo, deben ser incluidas en la categoría de las obras plásticas, como consecuencia del medio de expresión a través del cual se hacen sensibles.

Entre estas obras, cabe recordar siguiendo a GERMAN BERCOVITZ ("Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor", ed. Tecnos, Madrid 1.997, p. 39), las de arte textil, jardinería y las composiciones de flores, la decoración de interiores, los escenarios, vestuarios, máscaras, así como las obras de escenografía en vivo y los caracteres tipográficos.

Pues bien, como quiera que bajo la expresión "obras plásticas" caben realidades de muy distinta naturaleza, para no tener que efectuar constantes precisiones en atención a la obra de que se trate, voy a tomar como referencia básica en mi intervención un prototipo de obra plástica, que es la creación original expresada por medio de la escultura, de la pintura y del dibujo. En lo sucesivo, pues, cada vez que me refiera a las obras plásticas estaré aludiendo a este prototipo de obras.

2. La obra plástica que se toma como referencia: la obra de la escultura, del dibujo y de la pintura

Pero para llegar al punto central de mi intervención, que es analizar la originalidad de este tipo de obras, no basta con señalar el tipo de obra plástica que tomo como referencia. Es preciso algo más, que consiste en reflexionar sobre los rasgos del concepto mismo de "obra plástica", lo cual, como vamos a ver más adelante, nos va a ser de gran utilidad para precisar cómo debe entenderse la originalidad de este tipo de obras.

A este respecto, la primera reflexión que debe efectuarse es que el TRLPI no formula ni el concepto amplio de obra artística, ni tampoco el concepto específico de obra plástica. El TRLPI se limita a determinar en el citado apartado 1 del artículo 10 cuál es el objeto de la propiedad intelectual. Sin embargo, de este precepto y de algún otro se pueden extraer las notas conceptuales de la obra plástica, como vamos a ver seguidamente.

En efecto, aunque el apartado 1 del artículo 10 del TRLPI no posee el encabezamiento típico de las definiciones legales (“Se entiende por...”), sino que precisa el objeto de la propiedad intelectual (“Son objeto de propiedad intelectual...”), lo cierto es que en esta norma se determinan los rasgos conceptuales de la obra de la propiedad intelectual y, por consiguiente, una buena parte de las notas del concepto de la obra plástica. Recuérdese que el apartado 1 del artículo 10 del TRLPI dispone textualmente: **“Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...”**.

(i) Pues bien, la simple lectura de esta norma permite afirmar que la primera nota conceptual de la obra de la propiedad intelectual en general y de la obra plástica en particular es que **ha de tratarse de una creación del entendimiento humano**. Así se desprende no sólo del propio apartado 1 del artículo 10 del TRLPI, que habla de “creaciones”, sino también de los artículos 1 y 5 de este texto legal. Del artículo 1, porque considera como *hecho generador* de la propiedad intelectual el hecho mismo de la creación de la obra; y del artículo 5, porque confiere la *cualidad de autor a la persona natural que crea la obra*.

Ahora bien, aunque toda obra de la propiedad intelectual nace de un “acto de creación”, el acto de “crear” no es igual en todas las obras de la propiedad intelectual. Y es que, situados en el momento mismo de creación de la obra, la actividad creativa que desarrolla el autor de una obra de la literatura no pasa por las mismas fases que la que lleva a cabo el autor de una obra plástica. Como ha señalado el profesor HENRI DESBOIS (“Le Droit d’Auteur en France”, 3ª ed. Dalloz, París 1978, p. 12), no existe ninguna afinidad entre la expresión de las obras literarias y la de las obras plásticas, toda vez que los modos de ejecución son completamente diferentes: en la literatura, el autor se sirve de las palabras, en las obras plásticas, de los trazos y de los matices de su paleta. Y añade que la ejecución personal, manual, que no tiene ninguna importancia en el ámbito de la literatura, es la piedra de toque en las creaciones artísticas. En este sentido, el artículo 2 del antiguo Reglamento de 3 de septiembre de 1.880 para la ejecución de la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, se expresaba con gran corrección cuando decía **“se considerará autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica y literaria, o**

crea y ejecuta alguna obra artística, siempre que cumpla las prescripciones legales". "Concebir y realizar" eran ya en 1.880 las fases de la actividad creativa que desarrollaba el autor de una obra literaria o científica, mientras que las fases de la actividad de los autores de las obras plásticas eran como "crear y ejecutar". Pues bien, como destaca DESBOIS (ob. cit. p. 13), es en la ejecución personal en donde aparece con más claridad la diferencia entre la creación de obra literaria y la de la obra plástica.

(ii) La segunda nota conceptual de la obra protegible por la propiedad intelectual es que ***tiene que ser expresada***; es decir, la idea creativa tiene que abandonar la esfera interna del autor y hacerse perceptible por los sentidos. A este rasgo conceptual se refiere el apartado 1 del artículo 10 cuando exige que las obras estén "***expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro***". En este sentido, se puede afirmar que la "expresión" de la obra a la que se refiere el apartado 1 del artículo 10 equivale a su objetivación, lo cual sucede cuando la obra abandona el mundo de las ideas y se individualiza de alguna forma congruente con su naturaleza (vid. OTERO LASTRES, ob. cit. p. 364). En cuanto a los medios o soportes a través de los que se hace sensible la obra, el artículo 10 prevé que pueden ser tangibles (como un libro, un cuadro, una escultura o una partitura) o intangibles (como las palabras habladas o la música improvisada), y, aunque no lo dice expresamente, no es necesario que la objetivación o fijación de la obra sea duradera. Por último, cabe destacar que los soportes en los que puede objetivarse la obra pueden ser ya conocidos o tratarse de otros que se inventen en el futuro.

Si referimos esta nota conceptual a las obras plásticas reseñadas en las letras e), f) y g) del apartado 1 del artículo 10, se puede afirmar que la obra plástica que hemos tomado como prototipo se expresa a través de medios tangibles conocidos, que son, como ya dijimos, la escultura, el dibujo y la pintura, en los cuales desemboca la concepción plástica ejecutada en la materia misma que los incorpora. Con esto se quiere decir, que una obra de la escultura no es ni el trozo de mármol amorfo que existe antes de ser esculpido, ni tampoco la concepción ideal que tiene el escultor en su mente antes de ejecutar la obra, sino que es ambas cosas a la vez: la concepción plástica ideal que aparece ejecutada en la pieza de mármol.

III. LA ORIGINALIDAD

Con las ideas generales que acabo de exponer sobre las obras plásticas, creo que ya estamos en condiciones de tratar uno de los puntos centrales de mi intervención, que es el análisis de la originalidad. Pero para fundamentar la tesis que voy a mantener en cuanto a la originalidad de las obras plásticas, me parece conveniente abordar previamente dos puntos de indiscutible significación. A saber: qué significado legal tiene la originalidad y si existe o no un concepto único de originalidad para todas las obras de la propiedad intelectual. Veamos ambas cuestiones.

1. Significado de la originalidad: rasgo conceptual o requisito de protección

Hemos visto con anterioridad que el *acto de creación* es un rasgo conceptual indiscutible de la obra de la propiedad intelectual. Que sin creación del intelecto humano, no hay obra es algo que ya se desprendía de nuestra vieja Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1.879, cuyo artículo 1 disponía “**La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta Ley, las obras científicas, literarias o científicas que puedan darse a la luz por cualquier medio**”. Y en el mismo sentido se manifestaba el artículo 1 de su Reglamento de 3 de septiembre de 1880, el cual definía la obra del siguiente modo: “**Se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo**”. Las expresiones “puedan darse a la luz por cualquier medio” y “todas las que se producen” hacían referencia inequívoca al acto de engendrar, de hacer nacer, la obra.

Ahora bien, como puede observarse, ni el artículo 1 del Reglamento de 1.880 al definir la obra de la propiedad intelectual, ni el artículo 1 de la Ley de 1.879 al determinar las obras protegidas, se referían a la “originalidad”. Cosa que sí hacía, en cambio, la vieja Ley de 10 de junio de 1.847 sobre la Propiedad Literaria, cuyo artículo 1 definía la propiedad literaria del siguiente modo: “**Se entiende por propiedad literaria para los efectos de esta ley el derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas o por cualquiera**

otro semejante". En el ámbito de la legislación sobre la propiedad literaria no sólo se habla de "escritos originales", sino que en alguna Real Orden posterior se puede encontrar alguna interpretación de la palabra "originalidad". Así, en la Real Orden de 31 de enero de 1.853 por la que se determina cómo ha de acreditarse la calidad de autor y de propietario de obras literarias, se da permiso a D. Fernando Vera, autor de una obra publicada en París y titulada "Ensayos poéticos" para introducir en España 500 ejemplares **"en atención a que la obra del Sr. Vera, cuya calidad de autor y de propietario no ofrece la menor duda, es una producción de mérito que puede contribuir a generalizar el buen gusto en poesía, y la afición a los estudios literarios entre la juventud estudiosa"**.

Pero aunque es cierto que, a diferencia de la Ley de 1.847, los artículos 1 de la Ley de 1.879 y del Reglamento de 1.880, no mencionaban la palabra "original", también lo es que la Ley de 1.879 no desconocía este término. La palabra original se utiliza, al menos, en tres de sus preceptos. El primero es el número 3º del artículo 2 en el que se establece que **"La propiedad intelectual corresponde: ... 3º A los que refunden, copian, extractan, compendian o reproducen obras originales respecto de sus trabajos, con tal que siendo aquéllas españolas se hayan hecho éstos con permiso de los propietarios"**. La segunda mención de la palabra "original" figura en el artículo 10, y está referida precisamente a las obras plásticas, disponiendo que **"Para poder copiar o reproducir en las mismas o en otras dimensiones, y por cualquier medio, las obras de arte originales existentes en galerías públicas en vida de sus autores, es necesario el previo consentimiento de éstos"**. La tercera y última mención tiene lugar en la regulación de las traducciones, concretamente en el artículo 13, que dice así: **"Los propietarios de obras extranjeras lo serán también en España con sujeción a las leyes de su nación respectiva; pero solamente obtendrán la propiedad de las traducciones de dichas obras durante el tiempo que disfruten la de las originales en la misma nación, con arreglo a las Leyes de ella"**.

Una atenta lectura de estos preceptos permite afirmar que la expresión "original" es empleada para calificar una obra primigenia y preexistente que se pone en relación con la obra subsiguiente a la que se refiere el precepto en cuestión. Así, en el número 3º del artículo 2 se reconoce la propiedad intelectual a los autores de

obras derivadas (refundiciones, extractos, compendios) que toman como referencia obras originales preexistentes. En el artículo 10 se exige el consentimiento previo de los autores vivos para que los terceros puedan copiar o reproducir sus obras de arte originales existentes en galerías públicas. Y el artículo 13 determina la vida legal de las traducciones de las obras extranjeras en España en función de la propia duración de la protección de las obras originales en su propio país.

Lo que se acaba de decir conduce a considerar la condición de “original” a la que se refieren los mencionados preceptos de la Ley de 1.879 como una característica externa de una determinada obra, que es la obra primigenia preexistente, la cual se toma como referencia, bien sea para producir a partir de ella obras (las obras derivadas), que es la hipótesis contemplada en el número 3º del artículo 2, o bien para imponer el requisito del consentimiento previo del autor a los efectos de la posible copia o reproducción de la obra de arte original expuesta en una galería pública, que es lo que dispone el mencionado artículo 10.

Así las cosas, surge inmediatamente la pregunta de si la condición de “original” a la que se refieren los citados preceptos de la Ley de 1.879 era sólo una característica externa de la obra o algo más, como parecía serlo en el artículo 1 de la Ley de la Propiedad Literaria de 1.847. Desde luego, por mucho que se amplíe el sentido de este término, creo que no cabe elevar la condición de “original” a un rasgo conceptual de la obra protegida por la Ley de 1.879. Tanto el artículo 1 de la Ley como el artículo 1 del Reglamento condicionaban la protección únicamente a que existiese una creación del intelecto humano que se hubiese objetivado en un soporte aprensible por los sentidos. En ninguno de ellos se concibe la obra de la propiedad intelectual como una creación que si no es original no es obra.

Descartado, pues, que la condición de “original” sea un rasgo del concepto de obra, queda por plantear si la Ley de 1.879 y el Reglamento lo configuraron o no como un requisito de protección. Bien miradas las cosas, no se puede negar que del hecho de que la obra fuese original se derivaban consecuencias jurídicas relevantes. Así, en el número 3º del artículo 2, es necesario el permiso del “propietario” de la obra original para que los que desearan realizar cualquiera de los actos a los que se refiere esta norma pudieran llevarlos a cabo y, consiguientemente, adquirir, a su vez, derechos de propiedad intelectual sobre sus propias obras derivadas de la original. Y

lo mismo cabe decir de la regulación contenida en el artículo 10, en el que se hace depender del previo consentimiento del autor de la obra de arte original expuesta en una galería pública, la posibilidad de copiar o reproducir dicha obra en las mismas o en otras dimensiones. Copia o reproducción que permite, a su vez, al autor de la misma adquirir derechos de propiedad intelectual sobre el ejemplar resultante de la copia o de la reproducción.

Pero ¿cabe deducir de aquí que la originalidad era un requisito de protección de la obra, en el sentido de que sólo fueran protegibles las creaciones del entendimiento originales? La ausencia de cualquier mención a la originalidad en el artículo 1 de la Ley de 1.879 y en el artículo 1 del Reglamento de 1.880 podría inducir a creer que la originalidad no era un requisito de protección. Pero la exigencia de la Ley de Propiedad Literaria de que los escritos protegibles fuesen “originales”, unida a las circunstancias jurídicas que se derivaban, como hemos visto, en los artículos 2.3º y 10 en el caso de que las obras fuesen originales, invitan a sostener que, para la Ley de 1.879, la originalidad era un requisito de protección de las obras.

¿Qué ocurre en el vigente TRLPI? Desde su primera redacción contenida en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, hasta la vigente del TRLPI, el texto de los artículos 1, 5 y 10, que son los que ahora nos interesan, ha permanecido sustancialmente inalterado. Recordemos brevemente lo que disponen estos artículos.

En el artículo 1 se determina el hecho generador de la propiedad intelectual, estableciendo que corresponde al autor de la obra por el solo hecho de su creación. En el artículo 5, y a los efectos de la atribución de la condición de autor, se prevé que se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. Por su parte, en el apartado 1 del artículo 10 dispone que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Y en el apartado 2 establece que el título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.

Pues bien, una primera aproximación al texto de estas normas permite sacar tres conclusiones. La primera conclusión es que los tres preceptos emplean el término

creación, ya sea como sustantivo como sucede en los artículos 1 y 10, ya sea en su forma verbal, como ocurre en el artículo 5. Pero aunque en los tres preceptos se emplea la misma expresión, aunque dos veces en sustantivo y otra como verbo, no se refiere en los tres casos a lo mismo. Así, en los artículos 1 y 5, la expresión “creación” o “crea” se refieren a una actividad del ser humano y, por tanto, tienen una significación claramente subjetiva. En efecto, en el artículo 1, la palabra creación se refiere a la acción de crear, a un hecho que genera algo, que en nuestro caso, es la obra que nace del intelecto humano; y lo mismo sucede en el artículo 5, en el que se emplea del verbo “crea” para referirse a la actividad de una persona natural consistente en engendrar una obra literaria, artística o científica. En cambio, en el apartado 1 del artículo 10 la palabra “creaciones” se emplea en sentido objetivo y como sinónimo de “obras del ingenio” que son resultado de la actividad de creación llevada a cabo por el autor.

La *segunda conclusión* es que de estos tres preceptos el único en el que se emplea la expresión “original” es el artículo 10. En este punto, hay que subrayar, de una parte, que el artículo 10 del TRLPI sigue la línea del artículo 1 de la Ley de la Propiedad Literaria de 1.847 en el sentido de añadir la expresión “originales” a las creaciones protegidas (escritos en la Ley de 1.847 y toda clase de creaciones en el TRLPI); y, de otra, que se produce una importante diferencia con el artículo 1 del Reglamento de 1.880, que puede considerarse una norma paralela a la del apartado 1 del artículo 10, ya que, como hemos dicho, en el artículo 1 del Reglamento de 1.880 no se mencionaba para nada la expresión “originales”.

Pues bien, sentado lo anterior, ha de advertirse que en el TRLPI la expresión “originales” va referida, en el apartado 1, a las obras que son objeto de la propiedad intelectual y, en el apartado 2, al título de la obra misma. Lo cual quiere decir que, de acuerdo con los términos del propio TRLPI, la originalidad, lejos de predicarse de la actividad misma de crear, engendrar o producir una obra del espíritu, va referida al resultado de esta actividad, que es la obra misma. Lo cual nos da respuesta, aunque parcial, a la pregunta que dejamos planteada: si el primer rasgo conceptual de la obra de la propiedad intelectual es que exista un acto de creación, y, según la propia Ley, la originalidad no cabe referirla al acto mismo de crear, sino a la obra creada, hay que concluir que la originalidad no es un rasgo o nota del concepto mismo de obra, sino otra cosa distinta. Es decir, el TRLPI no establece que o hay “obra original” o no

puede hablarse ni siquiera de obra. Lo cual significa que puede haber creaciones que son conceptualmente obras, pero que no son originales.

La *tercera conclusión* es que la expresión **originales** que se utiliza en el artículo 10 no se emplea, como hacía la vieja Ley de 1.879, para referirse a una característica externa de una determinada obra, la obra preexistente, sino en el mismo sentido que lo hacía la Ley de Propiedad Literaria de 1.847, como un “algo más” que deben tener las creaciones para que puedan ser protegidas por la propiedad intelectual.

Centrándonos, pues, en el apartado 1 el artículo 10, se advierte que esta norma viene a disponer que “**son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales**”. Lo cual leído *a contrario sensu* quiere decir que no pueden ser objeto de la propiedad intelectual las creaciones que no sean originales. Y esto es, asimismo, lo que se desprende del apartado 2 de este mismo artículo, en el cual se extiende la protección al título de la obra “cuando sea original”.

Pues bien, sentada esta tercera conclusión, ya tenemos la contestación a lo que quedaba por responder: la originalidad es un requisito de protección de la obra, según resulta del propio artículo 10.1 del TRLPI, que establece con toda claridad que el objeto de la propiedad intelectual son las “creaciones originales”. Adviértase, en efecto, que así como el hecho de la creación sirve de fundamento, como dispone el artículo 1 del TRLPI, para la atribución de la propiedad intelectual al autor, desde el punto de vista de la obra, para que la misma pueda ser objeto de la propiedad intelectual, se requiere, según el citado artículo 10.1 TRLPI, que la obra creada sea **original**. Lo cual significa que la “originalidad” es un requisito que debe concurrir en la obra para que la misma pueda convertirse en objeto de la propiedad intelectual. Por lo tanto, de la interpretación conjunta de los artículos 1 y 10 del TRLPI se desprende que el acto de creación del autor es una condición necesaria, pero no suficiente para beneficiarse de la protección: la obra ha de ser fruto de un acto de creación, pero este acto ha de tener necesariamente como resultado la producción de una “obra original”.

2. Concepto único o distintos conceptos en función del tipo de obra

Cualquiera que conozca el TRLPI sabe que emplea la expresión “original”, al menos, con dos significados diferentes. El primero es el que resulta, por ejemplo,

del artículo 11, el cual, al regular las obras derivadas, señala que estas obras también son objeto de propiedad intelectual **“Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original...”**. En este precepto, la expresión “obra original” se utiliza, al igual que hacía el número 3º del artículo 2 de la Ley de 1.879, para contraponerla a la de “obras derivadas”. Pero no es de esta condición o cualidad de original de la que deseo hablar, sino del segundo significado con el que se utiliza la palabra “originalidad”, que es como requisito de protección, según resulta del tan citado artículo 10 del TRLPI.

El problema que deseo plantearles ahora puede enunciarse así: parece claro que, al hablar de “todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas”, el apartado 1 del artículo 10 exige el requisito de la originalidad a todas estas obras. Pero ¿hay que entender la originalidad siempre en un único y mismo sentido con independencia de la clase de obra de que se trate? O preguntado de otro modo: ¿hay que entender la originalidad de la obra literaria de la misma manera que la de la obra científica y la de la obra artística igual que la de las otras dos?

La respuesta no es fácil, pero, en mi opinión, hay que contestar negativamente. Aunque en los tres tipos de obras la originalidad presenta notas comunes, las diferencias que tienen entre sí los procesos de creación de las obras literarias, las científicas y las artísticas, impiden que se pueda hablar de un requisito con idéntico contenido en todas ellas. En efecto, como diré más adelante, la originalidad es requisito que presenta una doble faz: es subjetivo en la medida en que hace referencia a la capacidad creativa de un sujeto, el autor, pero es también objetivo porque es una cualidad que debe manifestarse en la obra. Pero fuera de esta coincidencia general, no creo este doble aspecto tenga el mismo significado en los tres tipos de obras citados.

Para exponer con claridad lo que acabo de decir permítanme que comience por la obra científica. De todos es sabido, que lejos de existir una sola ciencia, hay varias (ciencias naturales, ciencias exactas, ciencias sociales, etc.) por lo cual hay que hablar de diversos tipos de “obras científicas”, cada una de las cuales presenta sus propias características. Pero para no oscurecer de manera innecesaria la cuestión, creo que basta con señalar que en la medida en que la obra científica contiene ideas, datos y conocimientos de libre utilización, lo realmente protegido de la obra científica por la propiedad intelectual no son esas ideas, datos o conocimientos, sino la forma en que se expresan sus contenidos. Como dice el Profesor RODRIGO BERCOVITZ

(ob. cit. p. 165) *“las ideas expuestas en un trabajo científico no son protegibles por el derecho de autor. El trabajo recibirá protección si tiene, y en la medida que tenga, originalidad en su exposición, no en su contenido sino en su forma”*. Por lo tanto, debido a la falta de libertad del autor para tratar las ideas y los conocimientos que expone en su obra y que, en su mayor parte, ya le vienen dados, en la obra científica el margen para la originalidad, tanto en el aspecto subjetivo de la creatividad como en el objetivo de la plasmación de la creatividad en la obra, es bastante reducido. Lo que realmente se valora en la obra científica es el rigor, la exhaustividad, la capacidad para ordenar, estructurar y relacionar los conocimientos, y las conclusiones extraídas de todo ello. Y es que es tal la tiranía que suelen ejercer los datos y los hechos en las obras científicas que es muy estrecho el margen que tiene el autor de la obra para separarse de las obras antecedentes. Razón por la cual, en este tipo de obras la capacidad creativa del autor tiene muy poca cabida, residiendo la verdadera originalidad de la obra en la composición y ordenación de su contenido, en la forma personal de expresarlo y, en algunos casos, en lo novedoso de las conclusiones obtenidas. Por eso, a pesar de que existan múltiples coincidencias entre los contenidos de las obras científicas, no por eso dejan de ser originales. Bien entendido que no será fácil reconocer en ellas la originalidad, ya que ésta queda reducida a la disposición de sus contenidos y a la forma más o menos personal de expresarlos.

Si de la obra científica pasamos a la obra literaria, las cosas son distintas ya que la originalidad tiene aquí sus propios matices. En efecto, como ha recordado el Profesor FERNANDEZ–NOVOA (*“Creación e integridad de la obra artística”*, en *Actas de Derecho Industrial*, t. XV, 1993, p. 171) *“en la elaboración de una obra literaria cabe diferenciar las tres siguientes etapas: el escritor concibe, en primer término, el tema de su obra; luego organiza los incidentes y las secuencias en torno al tema central; y, finalmente, plasma y desarrolla todo ello en expresiones concretas”*. Pues bien, como vamos a razonar seguidamente, el autor de la obra literaria puede desplegar toda su capacidad creativa y su talento en estas tres etapas de elaboración de la obra. De tal suerte que cuanto mayor sea la creatividad aportada por el autor a su obra, en mayor medida se manifestará en ella la originalidad.

La capacidad que tiene el autor de una obra literaria para concebir e idear el tema de su obra es muy amplia. En las obras de ficción, es, en principio, ilimitada:

si la obra de ficción es, como ha dicho alguien recientemente, recordar lo que no ha sucedido, se puede afirmar que el recuerdo del autor no tiene límites. Puede imaginar la historia que desee y en ese acto de concebir intelectualmente la historia, el autor puede poner en juego toda su capacidad de creación y su talento. Y algo parecido sucede con las obras que no son de ficción: aunque el autor debe sujetarse de algún modo a los dictados de la realidad, es plenamente libre a la hora de elegir el asunto que va a constituir el tema de su obra. El autor goza también de toda libertad a la hora de organizar los incidentes y secuencias en torno al tema de su obra. Nuevamente en esta segunda fase de la elaboración de su historia puede desplegar toda su capacidad creativa, ya sea de manera absolutamente libre en la obra de ficción, ya con más o menos fidelidad a lo sucedido en la obra de no ficción. Finalmente, la capacidad creativa del autor es asimismo total a la hora de elegir las expresiones concretas con las que va a plasmar y a desarrollar su obra.

Pues bien, si el autor ha desplegado una gran capacidad creativa a la hora de concebir el tema de su obra; si ha organizado con un elevado talento los incidentes y las secuencias en torno al tema de la obra; y a esto se añade que, debido a su amplio y profundo conocimiento del idioma, el autor ha seleccionado cuidadosamente las expresiones a través de las cuales narra la historia, es de todo punto indiscutible que en la obra literaria de que se trate se reflejará un grado elevado de originalidad, entendida como la plasmación en la obra de la capacidad creativa y el talento de su autor. En este sentido, permítanme que recuerde las palabras de MANUEL JOSÉ QUINTANA (“Vida de Cervantes. *Apud* Obras completas”; Ed. Rivadeneyra, Madrid 1852), el cual, refiriéndose a la originalidad del Quijote, escribía **“No se sabe que admirar más, si la fuerza de fantasía que pudo concebirle, o el talento divino que brilla en su ejecución. Cuando en la conversación llega a mentarse este libro, todos a porfía se extienden en su elogio, y el raudal de alabanzas jamás disminuye, como si saliera de una fuente inagotable. El uno ensalza la novedad y felicidad del pensamiento; el otro, la verdad y belleza de los caracteres y costumbres; éste, la variedad de los episodios; aquél, la abundancia y delicadeza de las alusiones y los chistes; quién, admira más el infinito artificio y gracia de los diálogos, quién la inestimable hermosura del estilo y la propiedad de su leguaje. Todas estas dotes que, esparcidas hubieran**

hecho la gloria de muchos escritores, se encontraron reunidas en un hombre solo y derramadas con profusión en un libro.” Y, más adelante, añade: **“Ni el carácter que entonces tenía la ilustración, ni la calidad y mérito de los autores que a la sazón sobresalían entre nosotros, ni, en fin, el tono general de nuestras letras, ni aun de nuestros gustos y usos, podían prometer una producción tan original y tan grande y al mismo tiempo tan graciosa. Ella a nada se parece ni sufre cotejo alguno con nada de lo que entonces se escribía; y cuando se compara el QUIJOTE con la época en que salió a la luz, y a Cervantes con los nombres que le rodeaban, la obra parece un portento, y Cervantes un coloso”**. Finalmente, para explicar la obra pone en boca del propio Cervantes, simuladamente, la siguiente frase que lo resume todo: **“La Naturaleza me presentó a Don Quijote, mi imaginación se apoderó de él y un feliz instinto hizo lo demás”**.

Pues bien, si la originalidad es distinta en las obras científicas y en las obras de la literatura, que son obras que se expresan por el mismo medio, que es la palabra escrita o hablada, no debe extrañar que también presenta alguna peculiaridad en las obras plásticas, que se expresan por medios radicalmente diferentes, como son la escultura, la pintura, el dibujo y otros medios similares. Pero como de este asunto es del que vamos a hablar más extensamente en los próximos minutos, aquí sólo deseo destacar que así como en la obra literaria la capacidad creativa se reduce a imaginar el tema de la obra, a organizar los incidentes y secuencias que lo rodean, y a elegir las palabras para contar la historia, en la obra plástica la capacidad creativa está compuesta no sólo por la capacidad de ideación o de concepción de la obra, sino también por otro ingrediente que asume aquí un papel esencial que es la **capacidad de ejecución**.

De cuanto antecede se desprende, pues, que, en mi opinión, aunque estamos ante un requisito único, la originalidad no se entiende de la misma manera en las obras científicas, en las literarias y en las artísticas. Por lo tanto, aunque se hable en general de la originalidad, creo que no se debe prescindir de las singularidades y diferencias que presenta este requisito en cada una de estas tres grandes categorías de obras. Dicho lo cual, paso a exponer las peculiaridades de la originalidad en las obras artísticas, centrándome, como les vengo indicando, en las obras plásticas.

IV. LA ORIGINALIDAD EN LAS OBRAS PLÁSTICAS

1. Concepto de originalidad: la doble faz

Avancé con anterioridad que la originalidad es requisito que presenta una doble faz o, en otros términos, una moneda con dos caras: por un lado, hace referencia a la “creatividad” y, por otro, a la “originalidad” o manifestación de la creatividad en la obra. Pues bien, como trataré de demostrar seguidamente, ambas palabras son el anverso y el reverso de un único y mismo requisito: la originalidad; o, si se prefiere, una, “la creatividad”, es la “causa” o el “antecedente” y la otra, la originalidad, el “efecto” o el “consecuente”. Así, la palabra “creatividad” significa “facultad de crear” o, lo que es lo mismo, “capacidad de creación”. Lo cual nos conecta con el hecho generador de la propiedad intelectual que es, según el mencionado artículo 1 del TRLPI, el hecho de la creación de la obra. Por su parte, la palabra “originalidad” quiere decir “cualidad de original”, significando “original”, dicho de una obra artística, “que resulta de la inventiva de su autor”; requisito que nos remite al mencionado artículo 10 del TRLPI.

Como puede apreciarse, la palabra “creatividad” alude a una cualidad del sujeto que crea la obra, mientras que la palabra “originalidad” se refiere a una cualidad que se manifiesta en el objeto resultante del acto de creación, que es la “obra”. Es decir, la primera de estas palabras destaca una cualidad del autor: “creatividad” o capacidad creativa, en tanto que la segunda: “originalidad”, subraya una cualidad de la obra objeto de protección, a saber, que es el resultado de la inventiva del autor.

Hasta aquí sabemos que estamos ante un único requisito, pero contemplado desde dos ópticas distintas pero íntima e indisolublemente vinculadas: la óptica del autor, a través del término “creatividad”, que equivale a “capacidad de creación”; y la óptica de la obra, a través de la palabra “originalidad”, que quiere decir “resultado de la inventiva de su autor”. Esto sentado quedan por plantear, y por resolver, dos temas de extraordinaria importancia, a saber: cómo han de entenderse las palabras “creatividad” y “originalidad”, y si para acceder a la protección de la propiedad intelectual se exige determinado grado de “originalidad”.

2. El significado de las expresiones “creatividad” y “originalidad” en la obra artística

Para determinar el sentido de estas dos expresiones hay que tener muy presente una vez más su significación gramatical. Y ello porque, aunque se trata de indagar el concepto que tienen estas expresiones en el derecho de la propiedad intelectual, no puede olvidarse que las mismas tienen un significado en nuestra lengua, por lo que su significación es, cuando menos, el punto del que hay que partir para averiguar el sentido que tienen dichas palabras en el derecho de la propiedad intelectual.

(i) La “creatividad”, en la medida en que hace referencia a una capacidad del ser humano, es una condición predicable de la persona, pero ni la tenemos todos, ni los que la poseen la tienen en el mismo grado. En tanto que “capacidad”, la creatividad supone, como se desprende del Diccionario de la lengua, **una especial aptitud, un talento, que dispone a quien la posee para el buen ejercicio de algo**. Si proyectamos esta significación general de la creatividad exclusivamente sobre la obra plástica la especial aptitud, el talento o la disposición para hacer bien una obra artística hay que conectarla, como ha señalado en la doctrina francesa el Maestro DESBOIS (vid. “Le Droit d’Auteur en France”, 3ª ed. Dalloz 1.978, p. 72), inevitablemente con la “**ejecución personal**” del autor. Con esto se quiere decir que, en la obra artística, la creatividad no implica solamente la capacidad de concebir intelectualmente la obra, sino que forma parte inseparable de la creatividad la propia capacidad que tiene el autor de ejecutar material y personalmente la obra artística concebida por él. Como afirma DESBOIS (ob. cit. p. 73), “el modo de ejecución material ocupa, en la génesis de una obra de arte, un lugar preponderante, mientras que no tiene ninguna importancia en las obras literarias”. Y seguidamente añade: “Importa poco que el filósofo o el novelista haya tomado por sí mismo la pluma, dictado el texto a una secretaria o a una dactilógrafa, recurrido a un magnetófono: la redacción será la misma y llevará la impronta de su personalidad, cualquiera que haya sido el procedimiento de fijación. Por el contrario, el maestro, que describe a sus alumnos el tema de un cuadro futuro, descendiendo a los menores detalles de la fisonomía del personaje, real o imaginario, o los matices de una puesta de sol, no podrá reivindicar la obra artística, si no ha manejado él mismo el pincel y, según la expresión vulgar, «se ha puesto manos a la obra»”.

Lo que antecede implica que hay “creatividad” donde concurren el talento para concebir intelectualmente la obra artística y una especial aptitud para ejecutarla materialmente. Concepción ideal y buena ejecución material de la obra son, pues, elementos integrantes e inseparables de la “creatividad” referida a las obras artísticas. En consecuencia, la pura concepción ideal de una obra artística sin la especial aptitud para ejecutarla personalmente, no es un acto de creación generador de la propiedad intelectual de la obra plástica en el sentido del artículo 1 del TRLPI. Y ello porque no puede haber creación artística allí donde falta el elemento esencial de la “ejecución material” en la “creatividad” del autor o, lo que es lo mismo, en su “capacidad de creación”.

En resumen, referida a las obras artísticas, la “creatividad”, entendida como “capacidad de creación” y, por lo mismo, como capacidad de dar origen al hecho generador de la propiedad intelectual, presupone **una cualidad que dispone al autor para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra.**

(ii) En cuanto a la “originalidad”, lo primero que debe recordarse es que consiste en una cualidad predicable del objeto de la propiedad intelectual que, como señala el artículo 10 del TRLPI, es la obra. Ya hemos dicho que la “originalidad” está indisolublemente unida a la “creatividad” en una relación de causa–efecto o de antecedente–consecuente. De tal suerte que el ejercicio por el autor de su capacidad de creación se traduce en la “originalidad” de la obra. Pero así como la noción de “creatividad” no plantea problemas especiales, las cosas son diferentes respecto de la “originalidad”. Hasta tal punto es esto cierto, que hay pocos conceptos en el derecho sobre los bienes inmateriales que generen tantas dudas e incertidumbres, como el de la “originalidad”.

Que esto es así lo demuestra el hecho de que incluso está en discusión si se trata de una noción objetiva, asimilable a la “novedad”; o subjetiva, que hace referencia al reflejo que tiene en la obra, el esfuerzo y el trabajo del autor, la personalidad del autor, el sello de su individualidad, etc. Así, en nuestra doctrina, hay autores, como el Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. pp. 161 y ss), que se inclina por entender la “originalidad” en el sentido de que hace referencia a la “novedad objetiva de la obra”. Y sostiene que “en las obras plásticas frecuentemente la novedad viene dada

mucho más por la ejecución de las mismas que por su concepción, que suele carecer de originalidad”. Pero hay otros, como el Profesor ROGEL VIDE (en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, tomo V, vol. 4º A, Edersa, Madrid 1.994, pp. 213 y ss), que sostienen que la originalidad debe ser entendida en sentido subjetivo y vendría a ser el reflejo de la personalidad del autor en la obra.

A mi juicio, no es totalmente acertado asimilar la “originalidad” a la novedad, porque ésta es una noción propia del derecho industrial que no se acomoda bien a la propiedad intelectual. Y ello, tanto si se entiende la novedad en el sentido de que “nuevo es lo no conocido en el momento de la solicitud del derecho” (noción propia del Derecho de patentes) como si se considera que es “nuevo lo que se diferencia de lo existente en el momento de la creación” (noción de novedad que se ha manejado en el derecho francés de dibujos y modelos industriales). Porque si se asimilara la “originalidad” a la novedad, entendida en cualquiera de estos dos sentidos, habría que denegar la protección del derecho de autor a dos creaciones iguales creadas independientemente por dos autores, lo cual, como es sabido, no es admisible en la propiedad intelectual. Y es que la novedad tiene como finalidad última impedir que se otorguen dos derechos de propiedad industrial sobre dos creaciones idénticas a dos titulares distintos. Lo cual es debido a que el derecho de propiedad industrial no sólo es exclusivo, como la propiedad intelectual, sino también –y a diferencia de ésta– excluyente. Esto significa que el titular del derecho, además de ser el único que puede explotarlo (derecho exclusivo), puede prohibir a cualquier tercero la explotación de una creación idéntica a la protegida, aunque dicha creación idéntica haya sido creada independientemente (derecho excluyente). Cosa que, como es sabido, no sucede en la propiedad intelectual, cuyo derecho no produce este efecto de bloqueo, derivado de su característica de derecho excluyente, peculiar de los derechos de la propiedad industrial. Por eso, para que pueda existir solamente un derecho sobre cada creación y con ello pueda producirse este efecto excluyente, se exige un requisito de carácter objetivo y comparativo, como el de la novedad, que acaba por conferir el derecho a uno solo de los solicitantes con exclusión de todos los demás. A lo dicho cabe añadir que la propiedad intelectual, al no exigir el registro obligatorio de la obras, carece de la posibilidad, que sí existe en los registros de la propiedad industrial, de buscar las anterioridades perjudiciales para la novedad de la obra.

Pero tampoco me parece totalmente satisfactoria la concepción subjetiva que concibe la originalidad, bien como el resultado del trabajo y del esfuerzo personal de su autor (así sucede en el derecho francés de dibujos y modelos, vid. OTERO LAS-TRES, ob. cit. pp. 261 y ss), bien como el reflejo de la personalidad del autor que se manifiesta en la obra o bien como el sello de su individualidad. Esta concepción subjetiva de la “originalidad” puede conducir a dos situaciones extremas que no pueden admitirse. De una parte, en la medida en que toda obra del intelecto humano es una obra debida a una persona—autor y no a una máquina o a un animal, ha de ser siempre el resultado de su trabajo y de su esfuerzo personal y ha reflejar necesariamente la impronta de la personalidad o la individualidad de aquél, sea mínima, poca o mucha. Como afirma el Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. p. 161), “por definición, puesto que son el producto de un quehacer espiritual individual”, las obras son “una expresión de la persona que las concibe y realiza”. Es decir, si por “personalidad” se entiende gramaticalmente la “diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra”, no cabe afirmar que la obra de una persona no manifiesta su personalidad, su individualidad. Porque no parece que se pueda admitir que existen obras debidas a una persona que no reflejen ninguna personalidad, cuando es así que ésta es un atributo necesario de aquélla. Por eso, si todas las obras, en cuanto procedentes de una persona, reflejan el trabajo, el esfuerzo y la personalidad de su autor, todas serían “originales” y ello conduciría inevitablemente a reconocer la protección de la propiedad intelectual a cualquier obra del intelecto humano. Lo cual supondría convertir la “originalidad” en un requisito irrelevante, ya que en todas las obras debidas al ser humano concurriría la “originalidad”. El extremo opuesto al que puede conducir la concepción puramente subjetiva de la originalidad es que puede llevar a reservar la protección de la propiedad intelectual a muy pocas obras. En efecto, si la “personalidad” hay que entenderla como el “conjunto de características o cualidades originales que destacan en algunas personas”, entonces la noción de personalidad adquiere un carácter “infrecuente”, en el sentido de que, para poseer la “personalidad” que da acceso a la protección de la propiedad intelectual, el autor ha de reunir un cierto grado de características o cualidades que lo hagan destacar de los demás. Lo cual nos sitúa en un ámbito, en el que, lejos de reconocer la protección a todas las obras debidas al intelecto humano, habría que reservarla para las obras del intelecto de los autores con una destacada “personalidad”. Y en este caso, como

señala el Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. p. 161) “la mayor parte de las obras que hoy en día se reconocen como merecedoras de protección deberían quedar desprotegidas, puesto que carecen de semejante requisito”. Claramente se advierte que la concepción puramente subjetiva de la originalidad tampoco debe ser acogida, porque puede ser entendida en dos sentidos radicalmente opuestos que conducen a consecuencias extremas difícilmente admisibles.

Si no nos inclinamos por la concepción objetiva de la “originalidad”, que asimila este requisito al de la novedad, y tampoco somos partidarios de la subjetiva, que concibe la “originalidad” como el resultado del trabajo y del esfuerzo del autor y el reflejo en la obra de su personalidad, ¿cómo ha de concebirse la “originalidad”?, ¿existe otra concepción distinta de esas dos, que sea admisible? Como trataré de demostrar seguidamente, hay otra manera de concebir la “originalidad”, que le permite tener pleno sentido como requisito de protección y a la que no se le pueden reprochar los defectos de las otras dos concepciones.

Hemos examinado con anterioridad los artículos 1, 5 y 10 del TRLPI que se refieren al sujeto y al objeto de la propiedad intelectual. Pues bien, si referimos todos ellos a las obras plásticas, se llega a la conclusión de que para que surja la protección de la propiedad intelectual se requiere un autor que lleva a cabo un acto que produzca el efecto de hacer surgir una obra que ha de consistir en una creación original plástica.

Así las cosas, se puede afirmar que la “originalidad” es un atributo predicable del objeto de la propiedad intelectual, que es la “obra”. Y se puede afirmar también que, aunque la originalidad es una condición de la obra, es, al igual que la obra entera en sí misma, el resultado de un acto humano atribuible directamente a su autor. Por lo cual, no sería correcto sostener ni que la “originalidad” es una noción solamente objetiva por el hecho de ser un atributo del objeto de la propiedad intelectual que es la obra, ni tampoco que es una noción puramente subjetiva, por tener como antecedente necesario la actividad creadora del sujeto que hizo nacer la obra original. ¿Cómo debe considerarse entonces la “originalidad”? En mi opinión, y por lo que acabo de decir, como una noción ambivalente: objetiva y subjetiva a la vez. La “originalidad” es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor.

Sentado el doble carácter objetivo y subjetivo de la “originalidad”, queda por determinar qué debe entenderse por “originalidad”. En una primera acepción gramatical por “originalidad” se entiende “cualidad de original”, que es el sentido que ha de darse a esta expresión en el citado artículo 11 del TRLPI cuando contrapone el “original” con la obra derivada. En su segunda acepción gramatical, que es la que aquí nos interesa, “original”: “dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género”, quiere decir **“Que resulta de la inventiva de su autor”**.

Este significado de la palabra “original” vuelve a confirmar lo que ya resulta del artículo 10.1 del TRLPI, a saber: que se trata de una condición predicable de la obra. Pero confirma algo más, que nos sitúa en el artículo 1 del TRLPI, y es que la “originalidad” alude a algo que aparece en la obra, pero que procede de una condición personal del autor: que la obra resulta de su “inventiva”. Por “inventiva” se entiende “capacidad y disposición para inventar” e “inventar” quiere decir “dicho de un poeta o de un artista: Hallar, imaginar, crear su obra”. Por lo tanto, “obra original” significa, en lo que ahora interesa, **“obra que resulta de la capacidad y disposición del artista para imaginar y crearla”**. Vemos, pues, que existe una plena concordancia entre la significación gramatical de la palabra “originalidad” y los artículos 1 y 10.1 del TRLPI: tanto la significación gramatical como estos dos preceptos, nos llevan a la misma conclusión. Y tal conclusión, a la que ya hemos aludido con anterioridad, es que la “originalidad” es un atributo que se manifiesta en la obra, y que proviene de la “capacidad creativa” del autor.

Puestas así las cosas, se puede afirmar que existe una interrelación inseparable entre “creatividad” y “originalidad”, de tal suerte que un autor sin capacidad creadora en el ámbito de las obras artístico-plásticas será prácticamente imposible que produzca una obra con originalidad. Y, al contrario, un autor con gran capacidad creadora de ese tipo de obras lo normal es que cree obras dotadas de una indiscutible originalidad. Todo lo cual me lleva a afirmar que la originalidad es la manifestación en la obra de la capacidad creativa del autor.

Este concepto de “originalidad” es distinto de la noción que concibe la originalidad de manera objetiva, toda vez que prescinde por completo de datos como el de si la obra ha sido o no divulgada y el de si es o no una obra diferente a otras anteriores. Y también difiere de la concepción subjetiva de la “originalidad”, ya que no valora el

trabajo y el esfuerzo del creador ni tampoco si la obra refleja o no su personalidad. Lo único que tiene en cuenta el concepto de originalidad que defendemos es si la obra puede ser considerada o no como el resultado de una capacidad creativa de su autor. O más claramente: una obra es original si revela la existencia de una “capacidad de creación” o, lo que es lo mismo, refleja que ha sido **fruto de una capacidad personal del autor integrada por una cualidad especialmente dispuesta para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra artística.**

3. El grado de “creatividad” y de “originalidad” de las obras plásticas

Como tal vez se habrá podido deducir de las reflexiones que anteceden, los conceptos de “creatividad” y de “originalidad” que he venido manejando llevan implícita una referencia a la existencia de cierta “graduación”. En efecto, “creatividad” significa, como ya sabemos, “capacidad de creación”; “capacidad” quiere decir “aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo”; y por “creación” se entiende, en su sexta acepción, “obra de ingenio, de arte o de artesanía muy laboriosa o que revela una gran inventiva”. Pues bien, basta la simple lectura de los significados de todas estas palabras para descubrir de inmediato que se está hablando de una capacidad, la de crear obras de arte, que no poseen todos los hombres y que los que están dotados de ella, no la tienen en idéntica medida. Y así como nadie discute que todos los seres humanos no tienen las mismas cualidades, ni que cada cualidad aparece en cada persona con distinta intensidad, de la misma manera no parece serio afirmar que todas las personas tienen capacidad creativa y que, las que la poseen, la tienen en el mismo grado. La “creatividad” o “capacidad creativa”, lo mismo que cualquier otra cualidad, la poseen unas personas y otras no, y los que gozan de dicha capacidad, la tienen en diferente grado: unos más y otros menos.

En cuanto a la “originalidad”, si es así que consiste en una cualidad de la obra consistente en que refleja que ha sido fruto de una capacidad creativa de un autor especialmente dotado para el **buen ejercicio** de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra, es claro que ni todas las obras poseen, sin más originalidad, ni todas las que son originales muestran el mismo grado. Pues bien, si, como hemos razonado, la “creatividad” y la “originalidad” están indisolublemente

interrelacionadas, hasta el punto de que ésta es el reflejo en la obra de aquélla, siendo la “creatividad” una cualidad propia de algunas personas y que se manifiesta en ellas en distinto grado de intensidad, parece que debe concluirse que también la “originalidad” es un atributo de algunas obras y que admite grados.

Una vez que se ha sentado la conclusión de que la “creatividad” y la “originalidad” admiten una graduación, queda por determinar cuál es el grado de creatividad y de originalidad necesario para que una obra pueda ser protegible por la propiedad intelectual.

Desde luego, por el hecho de que estamos ante obras de las artes plásticas, el grado de “creatividad” o capacidad creativa ha de manifestarse, según hemos visto, no sólo en la concepción intelectual de la obra, sino también en la ejecución material de la misma. Es decir, desde la óptica de la “creatividad”, estamos buscando un cierto nivel en la capacidad del autor para una doble tarea: concebir intelectualmente la obra y ejecutarla personal y materialmente. Y, en lo que concierne a la “originalidad”, reflejando ésta la creatividad o capacidad personal del autor en la concepción y ejecución de la obra, es claro también que se busca en la obra el reflejo de ese “nivel” o “grado” de capacidad creativa.

Pues bien, para determinar el “grado de creatividad” y de “originalidad” que buscamos, creo que lo procedente es fijar el “umbral” que abre las puertas de la propiedad intelectual, sin que sea necesario, una vez traspasado el “umbral”, efectuar ulteriores graduaciones sobre la mayor o menor creatividad y originalidad. Y ello, porque una vez que la obra está dentro de la propiedad intelectual, carece de relieve si su nivel de originalidad es superior al requerido y hasta que grado llega. La determinación del umbral adquiere, pues, un carácter decisivo, porque lo que hay antes de ese umbral tiene cerrado el acceso a la propiedad intelectual, mientras que pasado el mismo ya se está en este sector del ordenamiento, sin que importe –insisto– que la obra presente un grado de creatividad y de originalidad muy superior al que representa dicho “umbral”.

A mi modo de ver, el “umbral” está situado, en cuanto a la “creatividad”, en que el autor posea una “cualidad especialmente dispuesta para el *buen ejercicio* de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra”. Si el autor no está

especialmente cualificado para “hacer bien” lo de concebir intelectualmente la obra y ejecutarla materialmente, no llega al grado de “creatividad” necesario para obtener la protección de la propiedad intelectual. Y en cuanto a la “originalidad”, el “umbral” está situado en que **la obra haga visible que es el resultado de una buena concepción intelectual y de una buena ejecución material por parte de su autor**. La clave está, como puede observarse, en la palabra “buen” o “buena”, la cual, en su cuarta acepción y como sinónimo de “grande”, significa “**que supera a lo común**”.

Fijado el grado de “creatividad” y de “originalidad” en una capacidad de crear que supera a lo común y en el reflejo en la obra de una capacidad de crear que supera a lo común, queda también señalado el ámbito que queda fuera del “umbral”, a saber: todo lo que no sea fruto de esta “buena” –entendida en el sentido de “superior a lo común” – capacidad de creación reflejada en la obra. Lo cual incluye tanto la total ausencia de creatividad y de originalidad, como la “creatividad” y la “originalidad” común o regular.

V. LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

1. Consideraciones previas

Una vez expuestos los temas de la noción de obra plástica y de cómo se entiende la originalidad en este tipo de obras y qué grado ha de alcanzar, queda por tratar el último de los puntos a los que alude el título de mi ponencia, que es averiguar la influencia que pueden tener las nuevas tecnologías en la originalidad de estas obras.

Prescindiendo de antecedentes más remotos, y ciñéndonos a las obras plásticas, cabe señalar que ya en la primera ley moderna que regula la propiedad intelectual se establece una innegable relación entre los derechos de los autores de estas obras y la posibilidad de reproducirlas por medios técnicos. En efecto, Ley francesa de 19–24 de julio de 1.793 sobre Propiedad Artística y Literaria contiene dos preceptos en los que se expresa claramente esta relación. Así, el artículo 1 de esta ley disponía que “**Los autores de escritos de cualquier género, los compositores de música, los pintores y dibujantes que hagan grabar sus cuadros y dibujos, gozarán durante toda su vida del derecho exclusivo de vender, distribuir, sus obras en el territorio de la República y cederlas, en todo o en parte**”. Y el artículo 7 establecía que “**Los**

herederos del autor de una obra de la literatura o del grabado o de cualquier otra producción del espíritu o del ingenio, que pertenezca a las Bellas-Artes, tendrán su propiedad exclusiva durante 10 años”.

Como puede advertirse (vid. GERMAN BERCOVITZ, ob. cit. p. 27, nota 31) el derecho exclusivo de vender y distribuir sus obras que se reconoce en estos dos preceptos a los “pintores y dibujantes que hagan grabar sus cuadros y dibujos” y a los “herederos del autor de una obra del grabado”, se enlaza con el principal problema económico que tenían entonces estos autores, que era la posibilidad de reproducir mecánicamente sus obras una vez que hubieran sido grabadas.

Vemos, pues, que desde el principio ha existido una estrecha relación entre los derechos patrimoniales que integran el contenido del derecho de autor y la tecnología, y que el derecho de propiedad intelectual ha ido respondiendo a los retos que iba planteando el desarrollo. Por esta razón, no debe extrañar que en los últimos tiempos, en la llamada precisamente “era de la tecnología”, se haya suscitado con mayor intensidad la interrelación entre la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías. Así se destaca en el Preámbulo de la Ley de 7 de julio de 2006, por la que se modificó el TRLPI, en el que se habla de la **“evolución tecnológica y su incidencia en el nivel de desarrollo de la sociedad de la información en España, atendiendo en este último caso a las oportunidades que el avance de la tecnología digital y de las comunicaciones suponen para la difusión de la cultura, para la aparición de nuevos modelos económicos y sociales, para el mayor y mejor disfrute de los ciudadanos, sin que nada de esto haya de suponer menoscabo en la protección de los creadores”.**

Pues bien, aunque las nuevas tecnologías tienen una indudable incidencia en diversos aspectos de la propiedad intelectual, los principales problemas se relacionan con los derechos de explotación económica de los autores, y los de los artistas intérpretes y ejecutantes de obras literarias y musicales. Pero esto no quiere decir que las nuevas tecnologías no afecten a las obras plásticas. Lo que ocurre es que por la peculiaridad de este tipo de obras la incidencia es menos relevante que en los otros ámbitos. Esta incidencia puede observarse, aunque con distinto alcance, en dos puntos: en el proceso de creación de la obra plástica y en el proceso de explotación. Ahora bien, como la originalidad, que es el tema central de mi intervención, tiene que ver

sobre todo con el proceso de creación de la obra plástica, voy a finalizar mi intervención exponiendo algunas reflexiones sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en la originalidad de este tipo de obras.

2. Las nuevas tecnologías y la originalidad de las obras plásticas

Recordarán que les decía que, en las obras plásticas, la creatividad implica no sólo la capacidad de concebir intelectualmente la obra, sino que forma parte inseparable de la creatividad la propia capacidad que tiene el autor de ejecutar material y personalmente la obra artística concebida por él. En el ámbito de la “creatividad” de las obras plásticas cabe distinguir, por tanto, la capacidad del autor de concebir intelectualmente la obra y la capacidad de ejecutarla personalmente. Una de estas capacidades sin la otra, mutila el proceso creativo. Un autor que conciba intelectualmente de un modo brillante una obra plástica, pero que sea incapaz de ejecutarla personalmente con pleno dominio de la técnica pictórica, escultórica o del dibujo, no creará una obra relevante. Y al contrario, un autor que sea capaz de ejecutar brillantemente una obra, pero que carezca de capacidad de concebirla, teniendo que partir necesariamente de la de otro, será un excelente copista, pero no un verdadero autor.

Pues bien, las nuevas tecnologías, y pienso sobre todo en los ordenadores, pueden incidir en estos dos aspectos de la creatividad. Cabe imaginar, en efecto, programas de ordenador que ayuden a “concebir” idealmente obras plásticas, y mayores son aún las posibilidades de servirse de un ordenador para ejecutar la obra ya concebida con o sin ayuda del ordenador. ¿Qué sucede en estos casos? ¿Cabe hablar de “creación personal”? ¿Se puede reconocer capacidad creativa y, consiguientemente, originalidad a la obra concebida o ejecutada o concebida y ejecutada con la ayuda de un ordenador?

Alguna de estas preguntas han sido respondidas con su habitual acierto por el Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. p. 159), el cual afirma que no son obras protegibles las realizadas por una máquina: los dibujos o gráficos, o la música, o la poesía, o la traducción realizada por un ordenador. En estos casos, dice BERCOVITZ (loc. cit.), “la consideración de obra y su protección por el derecho de autor correspondería al programa de ordenador, ya que éste es el que contiene todos los elementos determinantes de la obra”. Pero seguidamente añade: “la cuestión puede

resultar más complicada si se llega a construir una máquina, programa de ordenador o robot, con auténtica capacidad creadora, esto es, cuya capacidad creadora no esté previamente programada y, consecuentemente, no sea totalmente previsible. En tal caso, el reconocimiento de la existencia de obras, creadas por esa máquina, programa de ordenador o robot, plantearía el problema de determinar quién es su autor: ¿el autor de aquél o su causahabiente, el propietario del *corpus mechanicum* o ejemplar de la máquina o robot?

Este autor deja la pregunta sin respuesta, sin duda porque se trata de una cuestión espinosa y difícil. Yo podía hacer igual que él, incluso con mayor legitimidad, ya que él es un consumado Maestro de la Propiedad Intelectual y yo un cultivador aficionado y ocasional. Pero no quedaría a gusto si no les expusiese mi opinión, porque, al fin y al cabo, éste es el punto central en el que convergen todas las reflexiones anteriores.

Pues bien, creo que la pauta para contestar a esta complicada cuestión reside en el margen que exista para que intervenga la creatividad humana. Si la intervención del ser humano ha consistido en crear el programa o la máquina, y todo lo demás—esto es, la concepción ideal de la obra plástica y su ejecución material—, es también consecuencia directa del programa o de la máquina, creo que no debe preocuparnos negarle a la obra producida, tanto la condición de creación del intelecto humano como el requisito de la originalidad. La razón de ello es la ausencia total de intervención del intelecto humano en el proceso de creación de la obra misma: no hay propiedad intelectual porque no hay intervención alguna del “intelecto humano” en la concepción y ejecución de la obra. Aunque haya habido intervención humana en la obtención de la máquina, lo protegible será la actividad creadora de consecución de la máquina misma, por ejemplo, por medio de una patente o por medio de un programa de ordenador, pero no puede haber protección por la propiedad intelectual para los objetos resultantes de la puesta en funcionamiento de la máquina, porque en esos objetos no ha habido la más mínima intervención del intelecto humano.

Las cosas son distintas si, aunque intervenga la máquina en los procesos de concepción ideal de la obra y de su ejecución, se produce también el concurso del intelecto del autor, ya sea en la concepción de la obra, ya sea en su ejecución, ya en ambas cosas a la vez. El problema que se plantea entonces es el de valorar el alcance

de su intervención. Cuando la participación personal del autor es relevante, no debería existir ningún problema para reconocer la propiedad intelectual a la obra plástica creada con la ayuda de la tecnología. Y tampoco en el caso de que la participación personal del autor sea predominante en relación con la ayuda de la tecnología. Tengo muchas dudas de que a partir de aquí haya de reconocerse la propiedad intelectual: si la participación del autor y de la máquina es similar o si la obra es debida en su mayor parte a la intervención de la máquina, creo que debe denegarse la protección de la propiedad intelectual. Pero en este caso, y con esto finalizo mi intervención, no tanto porque no estemos ante una obra del intelecto humano cuanto porque no puede hablarse de creatividad humana: faltan en la medida requerida la capacidad ideal de concepción de la obra plástica y la capacidad de ejecución personal de la misma por el autor. Y sin creatividad no existe originalidad y, por tanto, la obra no es protegible.