

# LAS IDEAS COMO OBJETO PROTEGIBLE POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Rafael SÁNCHEZ ARISTI  
Profesor Titular interino de Derecho Civil  
Universidad Rey Juan Carlos

**SUMARIO** : I. PLANTEAMIENTO. II. EL CONCEPTO DE OBRA COMO SUPUESTO OBSTÁCULO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS IDEAS POR EL DERECHO DE AUTOR. 1. EL CONCEPTO DE OBRA EN GENERAL : FORMA *VERSUS* IDEAS. 2. LA RELACIÓN ENTRE FORMA Y CONTENIDO EN DIVERSAS CATEGORÍAS DE OBRAS. 2.1. *Obras científicas*. 2.2. *Creaciones publicitarias*. 2.3. *Formatos televisivos*. 2.4. *Obras de las artes plásticas*. 2.5. *Obras literarias ; en particular recetas de cocina*. III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA UTILIZACIÓN INCONSENTIDA DEL CONTENIDO DE UNA OBRA. 1. LAS MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN LEGALMENTE TIFICADAS Y SU POLARIZACIÓN EN TORNO AL ASPECTO FORMAL DE LAS OBRAS. 2. LA EXPLOTACIÓN DEL CONTENIDO EN ALGUNOS CASOS PARTICULARES. 2.1. *Programas de ordenador*. 2.2. *Proyectos, planos, maquetas y diseños de obras de arquitectura e ingeniería*. 3. LA TRANSFORMACIÓN COMO UN CASO DE EXPLOTACIÓN DEL CONTENIDO DE UNA OBRA. 4. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PROTECCIÓN DE LAS IDEAS EXPRESADAS EN UNA OBRA INTELECTUAL. IV. LA AUTORÍA Y EL PLAGIO DE LAS IDEAS. V. RAZONES DE POLÍTICA CULTURAL Y LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS IDEAS.

## I. PLANTEAMIENTO

En diversas ocasiones, entre los meses de diciembre de 1887 y abril de 1888, Luis Melián se dirigió al Consejo de Administración de la Compañía Arrendataria de Tabacos para persuadirle de las ventajas de instaurar un nuevo sistema de remuneración de los estanqueros, basado en una comisión única de expendición mediante un tanto por ciento fijo sobre las ventas, cualquiera que fuera la importancia de éstas. La Compañía, en principio, no se mostró interesada por semejante sistema de remuneración, pero pocos meses después, por iniciativa de su Director, se decidió a implantarlo obteniendo con ello una positiva repercusión sobre su cuenta de resultados. Luis Melián interpuso entonces varias acciones civiles reivindicando, ora una retribución por la realización de un proyecto, ora un derecho de propiedad sobre el sistema de remuneración descrito, ora una indemnización de daños y perjuicios derivados de una lesión culposa de índole extracontractual. Las distintas acciones se desarrollaron en las sucesivas instancias y dieron lugar a sendos fallos casacionales de 28.09.1891, 25.04.1900 y 18.11.1903, todos ellos desestimatorios de las pretensiones del actor. Interesa particularmente resaltar las dos últimas sentencias referidas, pues en ellas se asienta la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad de proteger las ideas conforme a las normas que regulan la propiedad intelectual.

En la sentencia de 25.04.1900 el Tribunal Supremo (Sala 1ª)<sup>1</sup> expuso lo siguiente : «para que las ideas puedan constituir una propiedad particular a la que sean aplicables las disposiciones que regulan el dominio, es menester que concurren circunstancias especiales, que son las tenidas en cuenta por la Ley de 10 de enero de 1879, sin que fuera de ellas sea de estimar la apropiación de ideas, ya que por su propia naturaleza, cuando no concurren determinados requisitos, no se puede conceptuar que ninguna sea derivación exclusiva de un solo entendimiento, consistiendo en esto la razón de la expresada ley».

Y en la de 18.11.1903,<sup>2</sup> haciéndose eco del fallo anterior, pero expresándose con una precisión mayor, la misma Sala estableció : «para que las ideas constituyan propiedad privativa a que se apliquen las disposiciones legales reguladoras del dominio, precisa que se hayan manifestado en alguna de las formas de que hace expresión la ley especial de 10 de enero de 1879, sin que fuera de ella puedan constituir materia de apropiación, tanto por carencia de precepto legal que lo disponga, cuanto porque la naturaleza y conexiones de la inteligencia humana impiden que el mero pensamiento, no contenido dentro de los moldes expresados en la ley sobre Propiedad intelectual, tenga que ser atribuido exclusivamente a un solo individuo con las condiciones y de la manera necesarias para constituir, en la esfera coercitiva del derecho, objeto apropiable que lo pueda ser consiguientemente de reivindicación o de indemnización».

Lo sucedido al señor Melián, y las conclusiones a las que llegó el Tribunal Supremo en la resolución de aquel caso,<sup>3</sup> no deben sorprendernos. Uno de los tópicos más extendidos en materia de propiedad intelectual tal vez sea el de que la misma no protege las ideas o principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos que, de una u otra forma, puedan integrar el contenido de una obra protegida por el derecho de autor.<sup>4</sup> Ello se relaciona con el principio de que lo que el derecho de autor protege no son los *contenidos* susceptibles de ser expresados por el autor, sino la concreta *forma* elegida por él para expresarlos.<sup>5</sup> todo autor puede esperar protección con respecto a aquellas activida-

---

<sup>1</sup> *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo nº 89 (1900-I), § 105.

<sup>2</sup> *Colección Legislativa de España* (Ministerio de Justicia), tomo XIV, vol. 2º (julio-diciembre 1903), § 116.

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo, con posterioridad a esos añejos fallos, no ha aportado en verdad ninguna novedad a esta doctrina. Lo iremos viendo a lo largo de las sentencias que, durante este siglo, ha ido dictando a propósito de la protegibilidad o falta de protegibilidad de las ideas.

<sup>4</sup> Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 165 ; H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, Cívitas, Madrid, 1978, pp. 529-530 ; E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3ª ed., Springer Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1980, p. 119 ; H. HUBMANN y M. REHBINDER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 8ª ed., C.H.Beck, Munich, 1995, p. 43 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3ª ed., Dalloz, París, 1978, pp. 22-31 ; A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson, París, 1991, p. 162 ; E. PIOLA-CASELLI, *Trattato del diritto di autore*, Marghieri-UTET, Napoles-Turín, 1927, p. 83 ; P. GRECO y P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Turín, 1974, p. 38.

<sup>5</sup> De la distinción entre forma y contenido, elevándolo a la categoría de principio universal, dice C. COLOMBET en su famoso *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, 3ª ed., UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997 (trad. española de Petite Almeida), pp. 9-10, que «la

des que consistan en emplear esos contenidos en la *misma* forma o en una forma *derivada* de la que él escogió,<sup>6</sup> mas no respecto de las actividades que signifiquen aplicar los contenidos o emplearlos en una forma distinta y no derivada de la que el autor eligió. Así pues, los márgenes expresivos dentro de los cuales debe necesariamente encuadrarse cualquier objeto para que éste merezca la consideración de obra protegida por el derecho de autor, en lógica combinación con unas formas de explotación concebidas a la medida de objetos dotados de la suficiente concreción expresiva, constituyen el primer obstáculo al reconocimiento de una protección para las ideas en el seno de las leyes sobre propiedad intelectual.

Es por ello por lo que, a menudo, sujetos que desempeñan un no despreciable trabajo intelectual se encuentran con que la propiedad intelectual no les brinda —no puede brindarles— la suficiente protección con respecto a la utilización que terceras personas realizan de los resultados de su trabajo<sup>7</sup>. En muchas ocasiones no se trata de que estos sujetos no hayan desarrollado una labor lo suficientemente creativa, y ni siquiera de que no hayan logrado concretarla en la obtención de un objeto dotado de la suficiente forma de expresión. Lo que ocurre es que las utilizaciones que otros hacen de tales resultados no consisten en servirse de esa forma, ni de ninguna otra derivada de ella, sino de los contenidos que laten bajo la misma, aplicándolos de manera efectiva al logro de alguna finalidad práctica.<sup>8</sup>

Claro que, a partir de este mismo dato, podría negarse que semejantes utilizaciones lo sean realmente de elementos obtenidos a partir del esfuerzo intelectual ajeno : si no se emplea la forma expresiva lograda por un primer sujeto,

---

propiedad literaria y artística excluye las ideas de su campo de aplicación y sólo toma en cuenta la forma en que éstas se expresan y se componen». Sin embargo -lo recuerda también COLOMBETSON pocos los casos en los que semejante principio se ha positivizado. Cabe señalar, a nivel nacional, el caso de la sección 102.b) de la Copyright Act estadounidense : «[l]a protección que otorga el derecho de autor a toda obra original no se extiende a ninguna idea, procedimiento, sistema, proceso, método de operación, concepto, principio o descubrimiento, independientemente de la manera en que sea descrito, explicado, ilustrado en dicha obra o incorporado en la misma» [según traducción de la UNESCO, *Repertorio Universal de Derechos de Autor*, Dirección General del Libro y Bibliotecas, Madrid, 1990, pp. 1499 y ss.]. En el plano internacional deben mencionarse el artículo 2º del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, de 2-20 de diciembre de 1996 («[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí»), así como el artículo 9º.2 del Acuerdo TRIPS adoptado en la última revisión del GATT («[l]a 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»).

<sup>6</sup> Véanse, para el caso español, los derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) que la LPI reconoce a los autores en los artículos 18, 19, 20 y 21 respectivamente.

<sup>7</sup> Cuestión distinta es que los derechos sobre la obra creada por un sujeto se asignen a otro en virtud de una relación laboral, funcional o de mandato (v. gr. artículo 51 LPI) lo que representa un segundo obstáculo con el que se topan muchos de los que, por su función, desempeñan una tarea de índole intelectual o creativa.

<sup>8</sup> Al menos ésa sería la explicación tradicional. Como decía BAYLOS CORROZA, la propiedad intelectual «[n]o protege directamente el contenido en sí ; es decir, no garantiza que no han de ser utilizadas, aplicadas y aprovechadas por otros las ideas que se exponen en esa forma (...), sino el sis-

ni ninguna otra derivada a partir de ella, nadie está en disposición de afirmar que lo utilizado sea entonces el fruto del esfuerzo intelectual de aquél. Por lo tanto, otra importante razón en detrimento de la susceptibilidad de las ideas para ser protegidas conforme a las leyes que rigen la propiedad intelectual, vendría a ser la aparente imposibilidad de establecer la autoría —y consiguientemente el plagio— sobre las mismas.

Más allá de esta última dificultad *operativa*, o de los obstáculos relativos a la definición misma de obra, son asimismo razones de política cultural las aducidas para justificar la falta de protección de las ideas por las leyes reguladoras del derecho de autor. Una protección en exclusiva de elementos tan nucleares —se razona— podría representar un freno para el desarrollo científico y cultural, y libertades como las de expresión, creación, investigación o enseñanza, podrían verse amenazadas si se permitiese a un sujeto monopolizar el uso de los mismos.<sup>9</sup>

El propósito de este trabajo es cuádruple. Por un lado se tratará de delimitar con la mayor precisión posible cuándo, bajo el pretexto de no estar empleando sino segmentos desprotegidos de una creación intelectual, un sujeto está en realidad utilizando la forma expresiva elegida por un autor u otra derivada de ella. Se impone, pues, la necesidad de determinar cuál es el grado de formulación expresiva que permite hablar de 'forma' en lugar de 'idea',<sup>10</sup> pero sobre todo se impone combatir la premisa, en la que se basan no pocos de los argumentos aportados en favor de la desprotección de las ideas, según la cual las ideas son objetos que, por definición, no admiten la menor formulación expresiva.

A ello desde luego en nada contribuye la relativamente extendida acepción de la idea como «mero pensamiento»,<sup>11</sup> acepción que hay que apresurarse a desechar cuanto antes, al menos en el contexto en el que me propongo desenvolver mis argumentos. Cuando se alude a la idea como mero pensamiento, «que no ha salido todavía de nuestra mente», o que «no puede recibir protec-

---

tema y la vestidura formal en que esas ideas se expresan. Defiende la obra literario-científica contra la copia, la reproducción y el plagio ; pero no puede impedir que otros utilicen las ideas que en dicha obra (...) encuentren su expresión». Vid. H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, Cívitas, Madrid, 1978, p. 531.

<sup>9</sup> Con independencia de que en el epígrafe correspondiente se valoren pormenorizadamente sus opiniones, véanse M.E. AMAT LLARI, «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 111 ; W. NORDEMANN, «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, pp. 69-70. Aunque sin aludir a la amenaza de una modalidad de libertad en concreto, pueden verse también R. FRANCESCHELLI, «La idee come oggetto di rapporti giuridici», *Rivista Industriale*, 1961, I, pp. 36-37 ; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 165-167.

<sup>10</sup> O, como dice LUCAS, «savoir à partir de quel stade une idée «prend forme». Vid. A. LUCAS, «La distinction entre la forme et l'idée en matière des droits d'auteur», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 120.

<sup>11</sup> Visión manejada por el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 18.11.1903, citada SUPRA.

ción alguna por parte de la ley, ni tampoco la necesita»,<sup>12</sup> no se está sino generando una innecesaria confusión. Claro que la idea que no haya sido expresada —en el sentido de plasmada o materializada a través de un soporte tangible o intangible— carecerá de aptitudes para recibir protección, pero enfatizar este extremo puede conducir a soslayar la evidencia de que tampoco la forma expresiva de una obra recibirá protección en tanto permanezca meramente concebida o atisbada en la mente de su autor.<sup>13</sup> De modo que la falta de exteriorización de una idea no es mejor argumento para negar su protección que lo es para negar la protección de la forma expresiva de una obra igualmente no exteriorizada.<sup>14</sup>

En segundo lugar, volviendo a las cuestiones que verdaderamente interesan, merece examinarse si acaso la legislación de propiedad intelectual no ofrece ya, en algunos casos aislados, refugio para la protección separada del contenido de una obra, es decir, con independencia de la protección dada a su forma expresiva, propiciándose así que el autor pueda impedir no sólo la utilización inconsentida de la forma, sino también la aplicación efectiva del contenido. Si de semejante análisis resulta, como creo, una conclusión afirmativa, ello supondría despojar a la noción de 'obra' del carácter de pieza clave que tan a menudo se le ha asignado a fin de descartar la protección de las ideas por el derecho de autor. De este modo, la cuestión que nos ocupa debería dejar de relacionarse con el *objeto* del derecho de autor —las ideas no lo son, la forma expresiva sí—, para pasar a englobarse en el ámbito del *contenido* del derecho de autor —se protege contra la explotación inconsentida de todo fruto del esfuerzo intelectual ajeno, merezca recibir la consideración de 'forma' o de 'idea'—.

Analizaré, en tercer lugar, si la dificultad relativa a la determinación de la autoría es tal obstáculo al postulado de la protección —con matices— de las ideas por el derecho de autor. Los litigios sobre el presunto plagio del aspecto expresivo de una obra también obligan a contrastar, como factor esencial de cara a la constatación de la infracción, si acaso la obra pretendidamente plagiada tiene antecedentes en otras obras anteriores, o si el objeto sobre el que el demandante reclama su autoría resulta ser demasiado banal como para merecer la protección por el derecho de autor, lo que tanto en uno como en otro caso significaría que dicho objeto carece de la suficiente originalidad. Contrastar esos mismos aspectos cuando lo que esté en juego sea la *autoría* sobre una

---

<sup>12</sup> Vid. M.E. AMAT LLARI, «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 109.

<sup>13</sup> Es frecuente confundir el aspecto de la formulación expresiva de una obra con el de su exteriorización o plasmación física en un soporte, negando consecuentemente la protección de las ideas por su falta de exteriorización, planteamiento erróneo del que ya advertía M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Giuffrè, Milán, 1963, p. 74.

<sup>14</sup> Como dice CHERPILLOD, las manifestaciones del puro pensamiento no pueden quedar protegidas, pero que el derecho de autor no recaiga sobre la idea no expresada no quiere decir que tampoco se proteja la idea que ha rebasado la frontera de la expresión. Vid. I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausana, 1985, pp. 18-19. Volveré en el siguiente epígrafe sobre estos aspectos.

idea, tal vez no resulte mucho más complicado de lo que ya viene siéndolo en los procesos por plagio, cuando lo involucrado es el aspecto formal de una obra.

Para finalizar plantearé la oportunidad de ofrecer algún mecanismo de protección basado en un derecho de exclusiva, a fin de impedir que los resultados de un esfuerzo intelectual, aunque no hayan concluido en lo que para la actual legislación de derecho de autor constituye una obra, puedan ser aprovechados sin ninguna contraprestación por terceras personas. Las aludidas razones de política cultural para no proteger en exclusiva las ideas, podrían en último extremo proyectarse para justificar la falta de protección de las obras consideradas en su aspecto formal, de modo que, invirtiendo el argumento, las mismas razones que sirven para avalar los derechos de los autores sobre las obras pueden servir, con los necesarios matices, para respaldar la asignación de unos derechos análogos a los ideadores. Mi propuesta, en última instancia, es que debe hacerse un hueco, por pequeño que éste sea, para cobijar las ideas originales bajo el manto de la legislación sobre propiedad intelectual.

## II. EL CONCEPTO DE OBRA COMO SUPUESTO OBSTÁCULO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS IDEAS POR EL DERECHO DE AUTOR

### 1. EL CONCEPTO DE OBRA EN GENERAL: FORMA *VERSUS* IDEAS

La obra, en tanto objeto protegido por el derecho de autor, puede ser definida como una creación intelectual, perteneciente al orden literario, artístico o científico, dotada de una formulación expresiva original, resultando irrelevante que se haya exteriorizado al mundo de los sentidos mediante un soporte tangible o intangible.<sup>15</sup> Como toda definición, también ésta encierra un cierto grado de simplificación. De un lado porque, aunque convencionalmente se hable de obras literarias, artísticas o científicas, se trata de englobar cualesquiera otros medios de manifestación del intelecto humano a través de un lenguaje, sea éste por ejemplo el lenguaje de la música, el de la fotografía, o el audiovisual.<sup>16</sup> Y de otro porque no sólo se protegen aquellas creaciones cuya originalidad radica en la forma de expresión, sino también otras en las que, como ocurre con las bases de datos, la originalidad está presente en la selección o disposición de elementos no necesariamente originales por su expresión.<sup>17</sup> Sea como fuere, el concepto de obra queda asociado no tanto con el mensaje o con los contenidos que incorpore cuanto con la forma original en la que los mismos se expresan o disponen.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Véase, para el caso español, el artículo 10 LPI.

<sup>16</sup> En definitiva, siguiendo a M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Giuffrè, Milán, 1963, p. 26, la obra tutelada no es sino la expresión formal de una actividad del pensamiento. La impropiedad de interpretar en sentido literal los adjetivos «literarias, artísticas y científicas» es subrayada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 164.

<sup>17</sup> Véase el artículo 12 LPI.

<sup>18</sup> Dice R. FRANCESCHELLI, «La idee come oggetto di rapporti giuridici», *Rivista Industriale*, 1961, I, p. 42, que «los elementos de individualización al tiempo que de originalidad de una obra, (...) son

Por lo que se refiere a las ideas, éstas suelen ser presentadas como elementos previos o subyacentes a la expresión o selección originales de una obra.<sup>19</sup> Así, como si se tratase ineludiblemente de elementos ajenos a la creatividad de los autores —al igual que sucede con los hechos históricos, las informaciones,<sup>20</sup> o los componentes del vocabulario propios de cada lenguaje—<sup>21</sup>, las ideas aparecen como entidades inapropiables por naturaleza, pertenecientes al dominio público, y consecuentemente no susceptibles de ser monopolizadas a favor de ningún sujeto en particular.<sup>22</sup>

Las ideas, y el resto de conceptos —tales como teorías, procedimientos o sistemas— que en sentido lato se pueden cobijar bajo esa denominación, vendrían pues a ser entidades abstractas, carentes de la suficiente concreción expresiva que todo objeto necesita para ser protegido conforme al derecho de autor. Diríase mejor que trascienden la concreta formulación de la obra en la que se hallan contenidas, desde el momento en que admiten diferentes formas de plasmación : en efecto, una misma idea puede ser desarrollada en sendas obras por dos autores, con resultados completamente distintos.<sup>23</sup> Paralelamente, el recurso a una misma idea o método en dos obras de autores diferentes puede

---

por lo tanto aquellos que se relacionan con la forma (...). Esto explica por qué contenido y medio de expresión quedan fuera del ámbito de protección de las obras del ingenio y no dan lugar a zonas de exclusiva» [traducción propia].

<sup>19</sup> M.E. AMAT LLARI, «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 109, dice que «(...) puede definirse la idea como el plan básico que subyace en toda obra». Para W. NORDEMANN, «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 68, «el concepto de idea (...) no sólo comprende el pensamiento que lleva a la creación de una obra concreta o de su modelo, sino también un determinado estilo o método de creación, un conocimiento científico que sirve de fundamento a la obra o del cual se ha sacado ésta (...)» [los énfasis son míos].

<sup>20</sup> En el mismo plano coloca BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO a ambas realidades cuando afirma que «[e]l derecho de autor no protege frente a la transmisión de información o de ideas». Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 165.

<sup>21</sup> El parangón entre ambos tipos de realidades puede verse en R. FRANCESCHELLI, «La idee come oggetto di rapporti giuridici», *Rivista Industriale*, 1961, I, p. 36. También J.L. LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1º, 3ª ed., J.Mª Bosch ed., Barcelona, 1990 (reimp. 1991), p. 499, señala, en el mismo párrafo, que «[s]i las ideas mismas fueran susceptibles de apropiación, al cabo de un tiempo prácticamente todas las posibilidades de creación quedarían bloqueadas. Mucho menos son apropiables las palabras, ni tampoco los medios de expresión artística : las líneas, los colores, los volúmenes o los objetos que ofrece la naturaleza».

<sup>22</sup> Para R. FRANCESCHELLI, «La idee come oggetto di rapporti giuridici», *Rivista Industriale*, 1961, I, pp. 36-37, las ideas, sentimientos, doctrinas, métodos, tipos o géneros o formas literarias, pertenecen al patrimonio espiritual de todos ; J.L. LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1º, 3ª ed., J.Mª Bosch ed., Barcelona, 1990 (reimp. 1991), p. 498, considera que la idea «se halla siempre a disposición de todos» ; G. OROZCO PARDO, «Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992», *Actualidad Civil*, 1993-1, p. 210, eleva a la categoría de «dogma» el de que «en el mundo de las ideas no caben monopolios».

<sup>23</sup> Precisamente, para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «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». Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 165.

también aproximar los resultados formales de ambas, sin que sin embargo quepa apreciar plagio entre las mismas.

Esta *comunidad de contenidos* estaba presente en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de febrero de 1992.<sup>24</sup> El demandante, que había inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual un proyecto para elaborar una enciclopedia sobre Zamora, complementada con álbumes en color, cuyo primer volumen correspondía a «El románico en Zamora», pretendía que sus derechos de autor habían sido conculcados por el demandado, quien a su vez había publicado un álbum de cromos sobre «El arte en la provincia de Zamora». El Alto Tribunal aprecia (Fº de Dº 4º) que «si el sistema de edición utilizado [álbum de cromos] es del común patrimonio de la sociedad (...) y si la materia a tratar es de una objetiva plasticidad como lo es el arte monumental (...), es patente que esa imaginación creativa (...), no podrá nunca escapar de esos denominadores comunes como son el monumento en sí, el estilo a que corresponda y la terminología específica con que se denomina cada uno de los elementos físicos que lo componen y de ahí que si ambas producciones tienen puntos comunes de exposición no puede argüirse que sean copia o plagio la producción artística de los demandados de la del actor ; (...)».

El mismo órgano se enfrentó, en la sentencia de 7 de junio de 1995,<sup>25</sup> a un caso similar. El demandante ostentaba los derechos sobre la obra titulada «Problemas Rubio», unos cuadernos destinados a la práctica del cálculo y la caligrafía en parvularios, y se dirigía contra la editorial que comercializaba unos cuadernos didácticos similares (los «Sis-Set») por entender que constituían un plagio de los suyos. El Tribunal Supremo (Fº de Dº 8º) observa que «es inadmisibles cualquier pretensión de exclusiva sobre supuestos métodos o conocimientos pedagógicos, (...). Para poder hablar de alguna posible responsabilidad es precisa la presencia de un plagio de obra ajena, que ha de recaer sobre realidades formales concretas y visibles (...). Teniendo a la vista los cuadernos «Rubio», los «Sis-Set» y los demás de otros editores, todos ellos para el mismo uso, con un contenido equivalente por necesidad y desprovisto de toda genialidad, resulta totalmente reñido con el buen sentido afirmar que cualquiera de los cuadernos «Sis-Set» en concreto constituya una copia o apropiación substancial de otro cuaderno «Rubio» (...).

De algún modo, consideraciones análogas fueron las que impidieron a la titular de una serie de piezas de joyería —Carrera y Carrera S.A.— obtener satisfacción contra otra compañía por la comercialización de piezas que, siempre según la demandante, constituían un plagio con respecto a las suyas. El Tribunal Supremo (Sala 1ª), en su sentencia de 26 de octubre de 1992,<sup>26</sup> sostuvo (Fº de Dº 3º) que una línea de joyería «no puede constituir objeto de la pro-

---

<sup>24</sup> *Actualidad Civil*, 1992-2, marg. nº 545.

<sup>25</sup> *Actualidad Civil*, 1995-2, marg. nº 883. Comentada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* nº 39 (septiembre-diciembre 1995), § 1059.

<sup>26</sup> *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, marg. nº 8286. Comentada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* nº 30 (septiembre-diciembre 1992), § 797.

propiedad intelectual (...), ya que con ello se está haciendo alusión a un estilo de ejecución de las piezas producidas por la actora», para más adelante observar que «la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos y la cara, no constituyen una novedad en el arte de la joyería, (...) *la gran simplicidad y reducido tamaño de las manos y figuras humanas incorporadas* a collares, cadenas, pulseras y sortijas o formando piezas separadas, (...), *impide que la utilización en esa forma de tales motivos ornamentales*, (...), pueda merecer la protección dispensada a las creaciones originales por la Ley de Propiedad Intelectual, (...)» [los énfasis son míos]. Con todo, en este caso, creo que las frases que he destacado demuestran que, más que una comunidad de contenidos, lo que se detectaba sobre todo era una falta de originalidad en la propia forma expresiva que revestían las piezas de joyería de la demandante.

Para terminar de ilustrar la contraposición entre forma y contenido, me gustaría referirme también a la sentencia de la AP Vizcaya de 12 de mayo de 1994,<sup>27</sup> que no considera digno de protección un sistema de venta denominado «Programa de Marketing Network», por entender (F<sup>o</sup> de D<sup>o</sup> 2<sup>o</sup>) que «no deja de ser una simbiosis entre el multinivel o venta en sistema piramidal y la venta de bienes por catálogo ; sistema este que (...) no sólo es antiguo sino que se encuentra profusamente extendido en el mercado (...)». La Audiencia alude expresamente a que «el contenido del derecho a la propiedad intelectual no viene constituido por la idea o ideas plasmadas en la obra, sino por la forma en que se plasman, se protege la forma y no el contenido (...)».

Sin embargo de estos fallos y de las explicaciones anteriores, y pese a las posibles ventajas que pudieran señalarse a su favor, a mi parecer resulta poco recomendable el mantenimiento a ultranza de la dicotomía forma-ideas, como si nos hallásemos ante dos nociones absolutamente inconciliables.<sup>28</sup> El proceso de creación de una obra consiste, en la mayoría de los casos, en un progresivo avance a través de diversas etapas en las que los abstractos materiales iniciales van dejando paso a un resultado final concreto.<sup>29</sup> El proceso de perfila-

<sup>27</sup> *Aranzadi Civil*, marg. n<sup>o</sup> 850.

<sup>28</sup> A mi parecer, y al de otros muchos. Sin perjuicio de que más adelante me detenga en consideraciones pormenorizadas de sus opiniones, se muestran críticos -en una u otra medida- con la concepción tradicional -y simplista- del binomio forma-ideas o forma-contenido, I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausana, 1985, pp. 18-19, 61 y 97 ; M. ARE, *Loggetto del diritto di autore*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 74 y ss. ; H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, *The modern law of copyright and designs*, 2<sup>a</sup> ed., Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1995, p. 62 ; X. DESJEUX, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 161 ; H.C. JEHO RAM, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 170 ; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 166-167 ; J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 54.

<sup>29</sup> Proceso que puede resumirse en la famosa terna ideación-composición-expresión, que DESBOIS proponía para las obras literarias, pero que bien podría extrapolarse a otras categorías de obras. Vid. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 1978, p. 11. Para H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, *The modern law of copyright and designs*, 2<sup>a</sup> ed., Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1995, p. 62, lo que existen son series de gradaciones desde lo abstracto hasta lo concreto, lo que hace inútil recurrir a la dicotomía forma-ideas.

ción de una idea también. Hay ideas poco definidas igual que hay obras excesivamente simples. Hay ideas elaboradas del mismo modo en que hay obras formalmente complejas. Encontraremos objetos absolutamente vagos o imprecisos que no puedan por ello merecer la protección que brinda el derecho de autor,<sup>30</sup> pero ello ocurrirá tanto en el terreno de la expresión (forma) como en el de los contenidos (ideas).<sup>31</sup> Igual de impropetible resulta por sí misma una frase banal o un simple trazo dibujado sobre un lienzo blanco, como la idea apenas pergeñada de un guión para una serie televisiva o de un método de contabilidad.

Por otro lado no es verdad que lo que comúnmente se conoce por ideas carezca por completo de contornos expresivos. La enunciación de una idea para la realización de un spot publicitario, o de un sistema con aplicaciones empresariales, también exige acudir a un discurso expresivo, por escueto o genérico que éste pueda resultar, pues de lo contrario no podrían ser aprehendidas por ningún interlocutor, ni tan siquiera como tales ideas.<sup>32</sup> De manera que, pese a su inherente abstracción, también las ideas, una vez enunciadas, gozan de un mínimo e inevitable nivel de concreción.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> En esto están también de acuerdo los detractores de la dicotomía forma-ideas. Vid. H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, *The modern law of copyright and designs*, 2ª ed., Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1995, p. 62.

<sup>31</sup> Aporto al efecto la opinión coincidente de GAUTIER, quien después de criticar la tendencia de la jurisprudencia francesa a tratar indiscriminadamente todas las ideas, sean ó no originales, señala : «en realidad es porque la idea es banal por lo que no se la protege, pero aunque [una idea así] fuera dotada de forma, no correría mejor suerte» [traducción propia]. Vid. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, París, 1991, p. 49.

<sup>32</sup> Dice atinadamente GAUTIER : «dotar de forma a una idea no consiste en escribir la novela o su plan detallado sobre un folio, sino *alcanzar una precisión suficiente* en cuanto a la obra futura dentro de una exposición que se puede hacer a otro, oralmente o de cualquier otra manera, determinar los contornos de algo que no será ya un tema vago, un argumento etéreo, sino una obra en vía de constitución, cuyos componentes comienzan a diseñarse» [traducción propia ; énfasis del autor]. Vid. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, París, 1991, pp. 49-50.

<sup>33</sup> Se comprueba, una vez más, la imprecisión terminológica que rodea toda la cuestión relativa a la posible protegibilidad de las ideas por el derecho de autor. Imprecisión que -como recordaba M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 74 y ss.- está seguramente motivada por el carácter eminentemente polisémico del término 'idea'. Esto es lo que hace que pueda hablarse de idea como mero pensamiento o concepción mental no expresada, o como elemento subyacente de una obra ya exteriorizada, o como elemento central de un discurso expresivo destinado precisamente a explicar o expresar esa idea. G. OROZCO PARDO, «Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992», *Actualidad Civil*, 1993-1, pp. 205-206, ha desglosado los distintos significados que admite la palabra 'idea', y en particular las acepciones que de la misma interesan dentro del campo de la propiedad intelectual. Dada esta situación, no descarto que algunos de los casos por mí contemplados como ideas pudieran reconducirse a la noción de forma interna o estructuración de la obra. Obsérvese si no algunos de los elementos de la obra literaria que BAYLOS CORROZA considera susceptibles de ser encuadrados dentro del aspecto formal : «(...) el sistema, la disposición del discurso, la concatenación de razonamientos, la ordenación de los datos o de las proposiciones. Todos ellos integran la forma en que la idea es precisada y constituyen expresiones personales de su autor, que no pueden ser reproducidas lícitamente o plagiadas sin su consentimiento». Vid. H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, Cívitas, Madrid, 1978, p. 530.

Se alcanza así un doble corolario. Primero, las obras, o los objetos que pretendidamente cabría reconducir a dicha categoría, pueden quedar fuera de protección por presentar un nivel expresivo mínimo o una formulación excesivamente banal.<sup>34</sup> Y segundo, si lo que queda asociado a la protección por el derecho de autor es el logro de una cierta formulación expresiva original, en principio no es descartable que las llamadas ideas lleguen a cumplir ese requisito, ya que también ellas pueden vehiculizarse en última instancia a través de una fórmula expresiva. Fórmula expresiva que, naturalmente, revestirá mayor o menor complejidad según cuál sea el grado hasta el que se avance en la escala de abstracción. En el punto más elevado de esa escala cualquier formulación que se proponga de una idea resultará ser un mero lugar común, pero a medida que se reduzca el nivel de abstracción se pueden obtener formulaciones más elaboradas,<sup>35</sup> las cuales merezcan una protección como auténticas obras.<sup>36</sup>

Esto no significa necesariamente dejar de estar de acuerdo con las decisiones del Tribunal Supremo reseñadas más arriba. Es muy probable que la idea de instaurar un sistema de remuneración de los estanqueros basado en un tanto por ciento fijo sobre las ventas no alcance el suficiente grado de elaboración como para merecer la protección por el derecho de autor. Y lo mismo cabe decir de la idea de publicar un álbum de cromos sobre el arte románico en la provincia de Zamora, o unos cuadernos de cálculo para párvulos. Pero en todos los casos la razón última para conceder o denegar la protección debe ser la misma que para conceder o denegar la protección de las obras desde el punto de vista de su forma expresiva o de la selección/disposición de sus elementos : la presencia o ausencia de originalidad.

---

<sup>34</sup> Dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 163, que «es preciso que la originalidad, es decir, la novedad objetiva tenga una relevancia mínima. No se protege lo que es patrimonio común. La doctrina alemana habla de altura creativa (*Gestsaltungshöhe*)». Y algo más adelante, en esa misma página, añade : «(...) ese mínimo exigible de originalidad implica normalmente que la obra tenga una mínima complejidad». Como este mismo autor recuerda en su comentario a la STS (Sala 1ª) de 26 de octubre de 1992, «[e]l derecho de autor no puede proteger el resultado de cualquier actividad creadora rutinaria y común, conocida de todos». Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n° 30 (septiembre-diciembre 1992), § 797, p. 967.

<sup>35</sup> Aunque desde el punto de vista de la obra en fase de creación, GRECO y VERCELLONE han hablado de las «ideas elaboradas». Si bien descartan que un «esquema» pueda recibir la consideración de obra cuando su autor se haya limitado a indicar una serie de reglas genéricas a las que, en su caso, deberá atenerse el autor de la obra definitiva, aceptarían su protegibilidad a condición de que sus determinaciones sean particularizadas y rigurosas, y ponen el ejemplo de una narración destinada a ser adaptada cinematográficamente, en la que se describen las características físicas y psíquicas de los personajes, el ambiente donde viven, las peripecias que les ocurren, etcétera. Vid. P. GRECO y P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Turín, 1974, pp. 43-45.

<sup>36</sup> En qué se traduzca la protección que brinda el derecho de autor cuando se trata del aspecto ideal y no del aspecto formal de una obra, es algo que se analizará INFRA § III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA UTILIZACIÓN INCONSENTIDA DEL CONTENIDO DE UNA OBRA.

En efecto, la originalidad es el único requisito exigido por la legislación de derecho de autor para asignar la protección que es propia del mismo.<sup>37</sup> No se ve ninguna razón para descartar que dicha protección se proyecte sobre el contenido de una obra, supuesto que la originalidad de dicho contenido quede suficientemente acreditada.<sup>38</sup> Cosa distinta es afirmar —afirmación con la que se puede estar de acuerdo— que *en términos generales el logro de un contenido original es mucho más difícil* que el logro de una forma expresiva o una forma selectivo-dispositiva (si se me permite la expresión) originales. Pero ello no equivale a negar de raíz la posibilidad de que un sujeto logre crear una obra dotada de un contenido original, por mucho que la forma empleada para expresarlo presente una altura creativa mínima o despreciable en términos de originalidad. Lo que conduce a que precisamente sea ese contenido original el que interese proteger, por encima o más allá de la forma en que haya sido concretamente enunciado.<sup>39</sup>

En este sentido me parecen interesantes algunas de las consideraciones vertidas por la AP de Toledo en su sentencia de 4 de mayo de 1994,<sup>40</sup> puesto que sirven para abonar el criterio de que la originalidad de las ideas es posible y, por añadidura, lo es su protección conforme a la legislación de propiedad intelectual. El demandante había participado en la elaboración de varios números sucesivos de la «Guía del Ocio de Talavera». El demandado, por su parte, había publicado la «Guía de Talavera y su Comarca», obra que, a juicio del primero, constituía un plagio de la suya. La Audiencia no aprecia infracción alguna de los derechos de autor del demandante por entender

<sup>37</sup> En España esa exigencia la expresa básicamente el artículo 10 LPI. C. COLOMBET, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, 3ª ed., UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997 (trad. española de Petite Almeida), pp. 9 y 12-16, se refiere al requisito de la originalidad en términos de «principio universal» de la legislación sobre derecho de autor en todo el mundo, si bien para este autor sólo cabe hablar de originalidad de la forma. Una síntesis de los aspectos generales relacionados con la exigencia de originalidad puede verse en mi monografía *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, pp. 250-255.

<sup>38</sup> A una conclusión idéntica llega CHERPILLOD cuando dice que la cualidad de idea no determina por sí misma si un objeto es libre desde el ángulo de la protección que brinda el derecho de autor, sino que es únicamente la falta de originalidad lo que, en su caso, impide la protección. Vid. I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausana, 1985, p. 97. Tampoco a H.C. JEHORAM, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 170, le parece que tenga mucho sentido dejar fuera del ámbito de protección del *copyright* a las ideas creativas y originales. La originalidad, en tanto requisito que la legislación sobre derecho de autor reclama de manera neutra, esto es sin trazar distinciones entre ideas y expresión, es también reivindicada por H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, *The modern law of copyright and designs*, 2ª ed., Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1995, pp. 64-65. Entre la doctrina alemana, SCHACK no tiene reparo en sostener que el contenido de una obra, a condición de que aporte a la obra suficiente individualidad, es susceptible de protección. Vid. H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 81. En cambio, a pesar de admitir que las ideas pueden ser totalmente originales y novedosas, BONDÍA ROMÁN, fiel a la postura tradicional, opina que «no se puede adquirir sobre ellas ningún tipo de protección ni de propiedad». Vid. F. BONDÍA ROMÁN, *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, p. 191.

<sup>39</sup> Sobre esta última cuestión, referente a la protección que cabe otorgar al contenido -original- de una obra intelectual, volveré por extenso INFRA, § III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA UTILIZACIÓN INCONSENTIDA DEL CONTENIDO DE UNA OBRA.

<sup>40</sup> *Actualidad Civil*, 1994-4, @ 1495.

(F° de D° 2°) que «la originalidad de la idea es más que dudosa cuando el mismo demandante, hoy recurrente, reconoce en confesión (...) que «antes de la publicación de la Guía de Talavera y su Comarca conocía la existencia de otras Guías similares, editadas hace años en otras ciudades españolas» (...) con lo que (...) no existe creación literaria original, sino que se ha trasplantado o extendido una idea ya existente plasmada en soportes gráficos y difundida ampliamente por el territorio nacional, a una región determinada (...)». De esta manera, la Audiencia alcanza la conclusión de que «la originalidad de la idea no queda acreditada y por ello procede desestimar el motivo de apelación alegado».

## 2. LA RELACIÓN ENTRE FORMA Y CONTENIDO EN DIVERSAS CATEGORÍAS DE OBRAS

La contraposición entre forma e ideas no puede establecerse por igual para todas las categorías de obras, pues mientras que en algunas de ellas es evidente que el contenido se impone como un factor necesario, siendo el margen para la recreación formal del mismo más bien escaso, en otras el aspecto formal admite un índice de variabilidad mayor con respecto al contenido ideal subyacente.<sup>41</sup> Si en las primeras es difícil alcanzar un grado de originalidad elevado a menos que se opere directamente sobre el propio contenido, en las segundas se pueden alcanzar altas cotas de originalidad jugando sólo con aspectos de forma. Es claro que el papel que desempeña cada término de la dicotomía es de signo inverso en unas y otras clases de obras. No es inconsecuente por lo tanto concebir que, del mismo modo en que existe un elenco pormenorizado de tipos de obras elaborado, fundamentalmente, en razón del medio de expresión utilizado, podría llegar a detallarse un elenco semejante de clases de ideas, según el género al que éstas pertenezcan. Sin afán de ser exhaustivo, me detendré a examinar un poco más de cerca el peculiar modo en que se contraponen forma y contenido en algunas categorías de obras, en las cuales la disociación entre ambos componentes puede trazarse más nítidamente, y en las que en definitiva la originalidad del contenido se presenta como rasgo especialmente acentuado.

### 2.1. Obras científicas

Los autores científicos disponen en general de menos opciones para alcanzar un resultado creativo original.<sup>42</sup> Ello se debe a la necesidad que tienen de desarrollar su esfuerzo intelectual en torno a contenidos —teorías, datos, informaciones, hechos, experimentos, estadísticas— que no proceden de su imaginación. Correlativamente la forma expresiva empleada para revestir esos

<sup>41</sup> Lo subrayan H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, *The modern law of copyright and designs*, 2ª ed., Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1995, p. 65.

<sup>42</sup> Según A. LUCAS, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 123, las obras de ficción tienen mayor margen para la originalidad que las científicas o técnicas, en las que el principio de exclusión de protección de las ideas se manifiesta en toda su intensidad.

contenidos tenderá a no alejarse demasiado de la forma expresiva que cualquier otro científico habría empleado en su lugar.<sup>43</sup>

Sin embargo, no creo que quepa descartar la posibilidad de que una obra científica revista originalidad, y no ya sólo por su aspecto formal, sino también por su contenido.<sup>44</sup> De todos es conocida la *paternidad* intelectual que, desde el teorema de Tales hasta la teoría de la relatividad de Einstein, se predica de las teorías científicas.<sup>45</sup> Y la originalidad, en casos como esos, no radica —o no de manera primordial— en las palabras o los signos empleados por el autor, sino en el contenido ideal que dichas palabras o signos representan.

A fin de ilustrar estos asertos, considero oportuno traer a colación la sentencia de la AP de Cantabria de 20 de abril de 1999.<sup>46</sup> Los demandantes habían presentado y depositado, el uno en 1986 y el otro en 1989, en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Cantabria, una memoria de licenciatura y una tesis doctoral respectivamente. El demandado, que en 1993 presentó y depositó su tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la misma Universidad habría plagiado, a juicio de los actores, cerca de 170 páginas de la primera y aproximadamente 40 de la segunda. Tanto el JPI n° 2 de Torrelavega como la AP estimaron la pretensión de los demandantes. Entre las apreciaciones de la Audiencia destaca especialmente una, vertida al final del F° de D° 2°, en la que expresamente se declara la cualidad de las ideas científicas para ser protegidas conforme a la propiedad intelectual. En concreto se afirma que «si la apropiación de ideas ajenas constituye vulneración de los derechos de propiedad intelectual de quienes con anterioridad han realizado el esfuerzo investigador y han plasmado esas ideas en sendos trabajos científicos, el grado de reproche fundamentador del perjuicio moral sufrido por los autores (...) es superior por cuanto se trata de un plagio parcial en una obra científica, elaborada en sede

---

<sup>43</sup> Ello hace que el contenido, elemento sin duda predominante en las obras científicas, sea más fácil de aislar en este tipo de obras que en cualquier otro. En efecto, para R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 165, «donde esa disociación entre ideas y formas resulta más clara es precisamente en el campo de la creación científica (...)».

<sup>44</sup> En contra, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 165, para quien «la novedad de las ideas científicas expuestas propician una manifestación de las mismas en forma original, pero ello no es necesariamente así, y en cualquier caso esa originalidad de la forma no permite extender la protección al contenido». ULMER, en cambio, sostiene que «aún en el caso de las obras científicas la protección no se limita a la mera forma : es la riqueza de las nociones, la abundancia de ejemplos y de pruebas, la diversidad de referencias intelectuales y de métodos de solución, al mismo tiempo que la presentación de la obra, lo que constituye lo que protegemos con el derecho de autor. (...) Por consiguiente, en el caso de las obras científicas, no hay que limitarse a afirmar que la individualidad de la obra se basa únicamente en el hecho de darle forma». Vid. E. ULMER, «La protección por el derecho de autor de las obras científicas en general y de los programas de computadores en particular» (trad. de P. MUÑOZ DE BEAUGIER), *RIDA* n° 74 (octubre 1972), p. 76.

<sup>45</sup> Véanse no obstante las observaciones que, a propósito de la adaptación del concepto de paternidad al ámbito de las ideas, hace R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La explotación y la protección de las ideas a través de los contratos», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 224.

<sup>46</sup> Vid. *Aranzadi Civil*, marg. n° 754.

universitaria y emitida en un ámbito en el que resulta doblemente rechazable *la apropiación formal de ideas ajenas sin reconocimiento de su autoría*» [los énfasis son míos].

La gran objeción que siempre se plantea a la posibilidad de proteger por el derecho de autor las ideas o teorías científicas dotadas de originalidad, es que semejante protección podría crear serios obstáculos al desarrollo científico y tecnológico, objeción que no comparto.<sup>47</sup> La protección de una teoría científica por las reglas que disciplinan el derecho de autor no impediría en ningún caso su libre difusión con fines docentes o de investigación, ni estrangularía el debate en el seno de la comunidad científica, pues dicha teoría podría ser objeto de discusión por parte de cualesquiera otros científicos. A tales fines servirían mecanismos como el de la libertad de cita u otros análogos que pudieran eventualmente articularse.<sup>48</sup> Lo que sí se lograría evitar es que cualquier sujeto pudiese explotar económicamente dicha idea o teoría en el marco de una

---

<sup>47</sup> Vid. INFRA, § V. RAZONES DE POLÍTICA CULTURAL Y LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS IDEAS. Por lo demás, me temo que la objeción es extensiva a la posibilidad de proteger las ideas o teorías científicas por cualesquiera otros mecanismos basados en un derecho de exclusiva. La preocupación por hallar un mecanismo de protección de este tipo para los autores científicos, en relación con sus ideas y descubrimientos, viene de antiguo. BAYLOS CORROZA, que se refería al tema adoptando la denominación de *propiedad científica* hacia la siguiente interesante reflexión: «si se tiene en cuenta que luego bastará con que un técnico ingenioso pruebe las ideas del investigador y las aplique, logrando extraer de ellas esa solución práctica, para que se le conceda el derecho exclusivo sobre su invención, mientras que, en cambio, el que aportó las ideas y descubrimientos que le sirven de base no merece de la sociedad ninguna recompensa, se comprenderá cuál es el fondo de justificaciones desde el que se reclama la organización de una tutela específica al sabio y al investigador, (...)». Vid. H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, Cívitas, Madrid, 1978, p. 531. Lo cierto es que la legislación sobre patentes es muy clara en el sentido de excluir la patentabilidad de «los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos» (artículo 4º.2.a/ Ley de Patentes, que se corresponde con el artículo 52 del Convenio de Múnich sobre la Patente Europea), si bien parece abrirse paso la opinión de que los descubrimientos que sean resultado de una primera fase de investigación científica, cuya aplicabilidad industrial sea previsible, son susceptibles de protección por patente. Así lo explica S. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, *Derecho de patentes e investigación científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 81-82, quien sin embargo considera justificado excluir de dicha protección «las teorías científicas, los métodos matemáticos o los descubrimientos que exclusivamente contribuyan a una profundización o a una ampliación en el conocimiento científico puro» (p. 83).

<sup>48</sup> NORDEMANN apuesta también por esta línea de razonamiento cuando dice: «[S]i la forma externa de las obras científicas no se deja medir con las reglas que rigen para las obras del ámbito de la estética, o sea para las obras literarias y artísticas, ello no obstante debe ser garantizada su protección por el derecho de autor. Las doctrinas y conocimientos científicos en ellas expuestos no son monopolizables, por razones de política cultural, *de modo que el derecho de autor debe, en cualquier caso, asegurar que sean usadas según las disposiciones del derecho de autor sobre el derecho de cita, (...)*» [el énfasis es mío]. Vid. W. NORDEMANN, «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 71. Aunque expresándose con menor nitidez, también ULMER, tras afirmar que la individualidad de la obra científica no se manifiesta únicamente en el hecho de darle forma, sostiene que «protegemos el fruto del esfuerzo intelectual, tal y como se expresa en forma de palabras, imágenes o símbolos, y establecemos para esta protección los únicos límites necesarios para tener en cuenta las exigencias de la vida intelectual y de la discusión científica». Vid. E. ULMER, «La protección por el derecho de autor de las obras científicas en general y de los programas de computadores en particular» (trad. de P. MUÑOZ DE BEAUGIER), *RIDA* nº 74 (octubre 1972), p. 78.

actividad con terceros, sin contar con la autorización del científico que la formuló o remunerarle convenientemente.<sup>49</sup>

## 2.2. Creaciones publicitarias

Ese elevado índice de separabilidad entre la idea o ideas subyacentes y el aspecto expresivo de las mismas, así como en definitiva una mayor preponderancia del aspecto ideal sobre el formal, se aprecia también en el ámbito de las creaciones publicitarias. En ellas —ya se trate de creaciones basadas sólo en texto, ya de obras que empleen un lenguaje plástico o audiovisual— resulta evidente su finalidad práctica, que no es otra que la de persuadir a los consumidores para que adquieran determinados bienes o servicios, y para cuyo logro es esencial que, más allá de la presentación externa del anuncio publicitario, el mensaje del mismo llegue nítidamente a sus destinatarios.<sup>50</sup> A tal fin, tanto o más importante que la concreta ejecución o realización de la creación publicitaria,<sup>51</sup> lo es la concepción latente bajo la misma, el esquema inspirador sobre el que descansa.<sup>52</sup> Las agencias de publicidad lo saben y, no en vano, disponen de un equipo de personas exclusivamente dedicadas a la concepción de ideas que después puedan ser aplicadas en la elaboración de anuncios publicitarios concretos.<sup>53</sup>

Por lo tanto, cómo no admitir la posible originalidad en la concepción de una idea publicitaria, si precisamente es ahí donde se concentra la mayor labor

---

<sup>49</sup> Se enlazaría aquí con una serie de cuestiones que serán discutidas INFRA, § III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA UTILIZACIÓN INCONSENTIDA DEL CONTENIDO DE UNA OBRA.

<sup>50</sup> Conforme al artículo 2º de la Ley General de Publicidad, la publicidad se define como «[t]oda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

<sup>51</sup> Aunque naturalmente ésta no debe descuidarse pues es la única que, en presencia de una idea o concepción publicitaria rutinarias, puede conferir a la creación publicitaria la necesaria originalidad. La SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 1996 (*Actualidad Civil*, 1997-2, @ 492) consideró que los anuncios por palabras relativos a ofertas de empleo publicados por la demandante, al no diferenciarse de los usuales, ni por su contenido o conformación, ni por la selección o disposición, no podían constituir objeto de un derecho de autor. Evidentemente la idea en sí de plasmar un anuncio publicitario de ofertas de empleo mediante palabras -esto no lo dice la Audiencia- no reviste la menor originalidad.

<sup>52</sup> Dice A. FRANÇON, «La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur» (trad. de P. MUÑOZ DE BEAUGIER), *RIDA* nº 103 (enero 1980), pp. 6-7, que «en el campo de la publicidad las ideas revisten capital importancia. Resultantes de un trabajo de reflexión que suele ser largo y peliagudo, que las agencias importantes encomiendan a profesionales peritos (...), representan un valor mercantil que no es de descuidar.» Es interesante comprobar que, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley General de Publicidad, el contrato de creación publicitaria se define como «aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a *idear* y *elaborar* un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario» [el énfasis es mío].

<sup>53</sup> Los famosos *concepteurs* de que hablan los franceses. Vid. A. FRANÇON, «La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur», *RIDA* nº 103 (enero 1980), p. 7. En español, aunque puede usarse el término *ideador*, se suele hablar de *creativos*.

de búsqueda de los publicistas y donde se puede marcar la diferencia entre una campaña publicitaria y otra.<sup>54</sup> Cómo no admitir, consecuentemente, que la idea publicitaria original puede rendir a quien la concibió la condición de autor, y que eso le permitirá defenderse eficazmente no sólo cuando se encuentre contractualmente vinculado a una agencia de publicidad, sino también cuando dicha vinculación contractual no exista. Y cómo no reconocer que eso mismo permitirá a la agencia de publicidad, o al anunciante,<sup>55</sup> defenderse eficazmente frente a la aparición de creaciones publicitarias ajenas que se sirvan de la misma idea en condiciones tales que permitan colegir que se ha copiado. A la vista de todas estas consideraciones me parece que, al menos en el ámbito de la creación publicitaria, resulta falaz sostener el argumento de que las ideas son de libre circulación y no merecen protección alguna por el derecho de autor.

### 2.3. *Formatos televisivos*

Algo muy parecido cabe decir de los formatos o esquemas que están en la base de muchos programas televisivos. Por supuesto no en la de aquéllos que se apoyan en la mera captación de eventos carentes de protección conforme al derecho de autor (v. gr. retransmisiones deportivas), ni tampoco los que tienen por objeto obras intelectuales preexistentes (v. gr. la emisión de una película cinematográfica). Cuando se habla de esquemas o formatos televisivos se está pensando sobre todo en programas de variedades, de debate, *talk shows*, juegos o concursos. Todos éstos descansan sobre un formato, en el sentido de una secuencia predeterminada de acciones e intervenciones, algunas de las cuales deberán correr necesariamente a cargo de personajes fijos, ordenadas conforme a diversos módulos temáticos, y que no obstante sólo quedarán completamen-

<sup>54</sup> A. FRANÇON, «La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur» (trad. de P. MUÑOZ DE BEAUGIER), *RIDA* n° 103 (enero 1980), en cambio, fiel a la tesis tradicional de que «la idea como tal no es apta para ser objeto de un derecho de autor y que sólo puede convertirse en obra cuando se plasma de modo original» (pp. 14-15), concluye que «la ley de 11 de marzo de 1957 sobre el derecho de autor [entonces vigente en Francia] (...) no permite la defensa de las ideas publicitarias». Entre nosotros FERNÁNDEZ-NÓVOA, comentando el artículo 70 del derogado Estatuto de la Publicidad, y a pesar de que en él se establecía expresamente que «(...) las ideas publicitarias que posean la condición de novedad u originalidad atribuirán a su autor el derecho a perseguir cualquier posible imitación o a prohibir su utilización para fines distintos de los pactados», opinaba que «la peculiar protección dispensada por la mencionada norma se extiende tan sólo a las creaciones u obras publicitarias en las que se exteriorizan y concretan las ideas publicitarias», para lo cual se basaba «tanto en la propia finalidad o meta perseguida por el Derecho de Autor, como incluso en la defensa del principio de libertad de expresión (...)». Vid. C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, «La protección jurídica de las creaciones y obras publicitarias», en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 252 y 248 respectivamente. Frente a esta postura X. DESJEUX, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 161, señala la tendencia reciente de los tribunales a apreciar infracción de derechos de autor, cuando se trate de ideas publicitarias suficientemente elaboradas y la copia afecte a una parte importante de las mismas.

<sup>55</sup> Recuérdese que, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 23 de la Ley General de Publicidad, «(...) los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo».

te perfiladas en el momento de su desenvolvimiento escénico, el cual lógicamente variará cada vez que se realice un nuevo programa con arreglo al mismo formato.<sup>56</sup>

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto, se podrá sostener que tales formatos carecen de la originalidad suficiente como para merecer la protección que brindan las normas sobre derecho de autor, o que, dadas las circunstancias, no puede establecerse que la idea inspiradora de un determinado esquema televisivo constituya un plagio con respecto a la idea inspiradora de otro, pero lo que no cabe es descartar de raíz la posibilidad de concebir una idea original —y por tanto susceptible de ser plagiada— para la realización de un formato o esquema televisivo.<sup>57</sup>

#### 2.4. Obras de las artes plásticas

Si nos trasladamos al campo de las artes plásticas, descubriremos que también éste es un terreno apropiado para lograr resultados creativos originales no sólo desde el punto de vista de la expresión, sino también desde el punto de vista de la concepción de la obra. Y es que si la labor intelectual de todo autor puede desdoblarse en varias fases a lo largo de las cuales su creación va adquiriendo la forma definitiva, en el caso particular de las artes plásticas esa labor se articula en torno a dos *momentos* netamente diferenciados: el de la concepción y el de la ejecución.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Esta caracterización de los formatos televisivos está extraída de los diversos rasgos definitorios que de ellos va ofreciendo M. MORELLI, en su trabajo «Un programma in cerca di autore. Brevi note in tema di tutela dello schema di programma televisivo», *Il Diritto di Autore*, 1999/1 (enero-marzo), pp. 29-31 y 42.

<sup>57</sup> A esta conclusión es a la que llega M. MORELLI, «Un programma in cerca di autore. Brevi note in tema di tutela dello schema di programma televisivo», *Il Diritto di Autore*, 1999/1 (enero-marzo), p. 42, después de haber analizado la evolución sufrida por la jurisprudencia italiana en esta materia, desde los años cincuenta y sesenta hasta mediados de los noventa. En el caso español destaca la opinión de J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 54-55, para quien «[L]os formatos de programas audiovisuales son protegibles y registrables si tienen una mera descripción compleja, pues recordemos, con el artículo 64 RLPI, que el *plan* y *argumento* de una obra musical o dramática constituyen propiedad». Aunque referido a un caso particular de formatos televisivos, y al mismo tiempo a un objeto que desborda la problemática de éstos, destaca el rechazo de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 165, a que la idea regidora de un juego o concurso pueda alcanzar la protección propia del derecho de autor, y sí a lo sumo la de la propiedad industrial o la del derecho de la competencia. Por su parte CHERPILLOD, si bien acepta que los procedimientos o métodos, tales como las reglas de un juego, quedan por sí mismos excluidos de la protección que otorga la propiedad literaria y artística, más allá de la forma en que tales métodos o reglas hayan sido descritos, se muestra partidario de admitir que su estructuración o forma interna, a condición de que sea disociable del procedimiento o método considerados en sí mismos, pueda resultar protegible. Vid. I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausana, 1985, p. 140.

<sup>58</sup> En palabras de G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 94, «el objeto plástico concreto no es sino la ejecución o interpretación concreta de una concepción plástica».

Como quiera que el creador plástico, a diferencia del creador literario o del musical, no puede valerse de un código lingüístico a base de signos convencionales mediante el que dar expresión a la obra —inicialmente sólo concebida en su imaginación—, se ve obligado a ejecutar él personalmente dicha concepción operando directamente sobre el soporte (necesariamente tangible) en el que quedará materializada su creación.<sup>59</sup> Podría decirse, consecuentemente, que el creador plástico asume funciones que en otros órdenes intelectuales son desempeñadas por artistas intérpretes o ejecutantes, con la salvedad de que cuando un pintor o un escultor ponen en ejecución una determinada concepción plástica se estarían convirtiendo en intérpretes de sí mismos, mientras que los artistas intérpretes o ejecutantes suelen proyectar su prestación artística sobre creaciones ajenas.<sup>60</sup>

Lo que no deja de resultar paradójico es que tradicionalmente se haya venido poniendo el énfasis precisamente en esa fase de ejecución de la obra plástica, como si este aspecto fuera el primordial a los efectos de valorar la originalidad en esta clase de creaciones,<sup>61</sup> cuando realmente, como digo, la vertiente de la ejecución es la que más aproxima al autor plástico al ámbito de la interpretación artística. Sin pretender negar que el concreto modo de ejecución de una obra plástica es aspecto sobradamente apto para aportar a la obra el grado de originalidad suficiente —qué duda cabe de la irrepitibilidad de la acción por la que el pintor o el escultor operan, cada uno, sobre el respectivo soporte físico en el que se materializará su obra—, no debe tampoco descartarse la posibilidad de que la originalidad de una obra plástica radique en su concepción, siendo así que en cambio su ejecución puede resultar al mismo tiempo poco relevante en términos de originalidad.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Siguiendo nuevamente a G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 66, «la concepción plástica no puede normalmente transmitirse más que a través de una ejecución concreta, porque le falta esa «convertibilidad en notación».

<sup>60</sup> En efecto, para G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 66-67, «el autor plástico será, al mismo tiempo, ejecutor plástico. Toda obra, incluso el original, es *interpretación* de una concepción plástica, puesto que se somete a una sensibilidad y capacidad técnica personal. La propia existencia lingüística de las dos expresiones, «*autor plástico*» y «*artista plástico*» parece probar esta dualidad».

<sup>61</sup> Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 179, para quien «[l]a importancia de la ejecución es particularmente relevante a la hora de apreciar la originalidad de la obra plástica».

<sup>62</sup> G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 124, señala cómo «[l]a originalidad puede encontrarse en la concepción plástica misma o también en la ejecución concreta. Para ciertas obras, la individualidad esencial reside en la concepción plástica, porque la ejecución concreta no pretende alcanzar una calidad artística, sino más bien ser instrumento de fijación de la concepción plástica. La protección de la concepción misma adquiere entonces una importancia fundamental : en la creación de un logotipo, de un personaje de cómic o de dibujos animados, las sucesivas ejecuciones concretas no tendrán un valor muy distinto entre sí.» Pero G. BERCOVITZ ha dejado claro previamente (p. 96) que «[e]sta protección también de la concepción plástica no debe en modo alguno confundirse con una protección del tema, de los rasgos ideales más generales de la obra plástica. Hablamos de concepción plástica como concepción formal y concreta, detallada, aunque no esté todavía materializada ; no de idea como contenido, sino de concepción formal, sobre el modo de expresar aquel contenido».

Prueba de que la ejecución es hasta cierto punto *sacrificable*, y de que la concepción plástica, aun no perfectamente concretada en una forma definitiva, puede reunir la carga suficiente de originalidad, es que la propia Ley confiere protección no sólo a «las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics» sino también a «sus ensayos o bocetos» (artículo 10.1.e/ LPI).<sup>63</sup> O, más sencillamente, el caso de las obras de arquitectura e ingeniería, respecto de las cuales lo que la Ley protege es únicamente «los proyectos, planos, maquetas y diseños» (artículo 10.1.f/ LPI).<sup>64</sup>

Para terminar con este punto, la concepción plástica de una obra podría ser comunicada a un tercero, siquiera fuese de manera aproximada, sin que el autor haya pasado todavía a la fase de ejecución. Si en tales circunstancias otro sujeto distinto del autor pone en ejecución dicha concepción, a condición de que ésta sea suficientemente original, me temo que se estaría incurriendo en un verdadero plagio.<sup>65</sup>

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 28 de mayo de 1992,<sup>66</sup> resolvía un litigio en el que, por lo que se deduce de algunas de las consideraciones del Alto Tribunal, estaba en juego la protección de la concepción plástica de diversas obras artísticas, en concreto de unos *christmas* navideños. El fallo casacional, confirmatorio del recaído en apelación, considera probada la infracción penal de los derechos de propiedad intelectual del actor llevada a cabo por el ahora recurrente, al reputar inadmisibles (Fº de Dº 1º) la alegación de éste a propósito de que «la casi total coincidencia entre los temas, composición, coloración, ambientación, etc., entre dos obras artísticas no es suficiente para apreciar el plagio dado que es perfectamente posible la concepción de la misma obra en dos mentes simultáneamente». Según el Tribunal Supremo, «si bien es cierto que pueda surgir en dos o más personas distintas una misma idea

---

<sup>63</sup> Para G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 124, el caso de los bocetos «que son un simple instrumento para una ejecución posterior y más perfecta...» es otro de aquéllos en los que «[l]a protección de la concepción misma adquiere entonces una importancia fundamental».

<sup>64</sup> G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 98, sostiene sin ambages que «[e]n la arquitectura, por ejemplo, será solamente el creador de la concepción plástica el que es tutelado». Y para R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 166, «el caso de los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería» constituiría la excepción a la regla de que «[t]ampoco quedan protegidas las ideas o los motivos inspiradores de una obra, aunque se encuentren expresados por cualquier medio», puesto que aquél es un medio que «puede constituir por sí mismo una obra». Sobre la protección de los proyectos, planos, maquetas y diseños de arquitectura e ingeniería, y en concreto sobre la consideración de su puesta en ejecución como un caso de explotación de los mismos, volveré INFRA, § III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA UTILIZACIÓN INCONSENTIDA DEL CONTENIDO DE UNA OBRA.

<sup>65</sup> Me apoyo otra vez en G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 94, quien es de la opinión de que «si nos encontramos ante una concepción plástica que ha alcanzado concreción suficiente mediante una muy detallada descripción verbal (...), incluso siendo imperfecta y, por tanto, no equivalente a la concepción misma (por un problema lingüístico, de imposibilidad de notación), no vemos por qué razón no va a poder ser tutelada».

<sup>66</sup> *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, marg. nº 4394.

como aquella a la que se refiere el recurrente, lo que no es concebible ni admisible que sea absoluta la coincidencia de todos los demás pues de admitir tal tesis no sería posible jamás admitir la existencia del plagio (...)».

## 2.5. *Obras literarias ; en particular recetas de cocina*

Por supuesto, también en el ámbito de las creaciones literarias, en particular en el de las de ficción, hay un margen considerable para el logro de creaciones originales desde el punto de vista del contenido. Es verdad que la mayoría de las creaciones literarias pueden reconducirse sin un gran esfuerzo a una trama o un argumento rutinarios, y que por lo general el esfuerzo intelectual del literato no va tanto dirigido a idear un contenido peculiar como a alcanzar una formulación expresiva original.<sup>67</sup> Sin embargo, sería injusto dejar de reconocer que en ocasiones la trama básica o idea motriz de una obra literaria despuntan por encima de los esquemas rutinarios, lo que puede hacer que cobre sentido proteger a su creador frente a la utilización incontestada de las mismas en otra obra posterior.<sup>68</sup>

Uno de los varios ejemplos que cabría poner, en los que el contenido de una obra literaria puede acumular proporcionalmente una mayor concentración de la labor creativa de su autor, es el de los recetarios de cocina. No me refiero, obviamente, a aquéllos que describen recetas tradicionales, por todos conoci-

<sup>67</sup> Tal vez por ello es por lo que los tribunales -según una observación de LUCAS- son reacios a condenar por plagio en el caso de las obras literarias : por mucho que quepa apreciar que un sujeto ha empleado un tema o argumento extraído de la obra de otro, es hartamente probable que quepa apreciar al mismo tiempo que dicho sujeto ha inscrito el tema o argumento dentro de un contexto o ambiente diferentes. Vid. A. LUCAS, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 151. «Sin embargo -decía LACRUZ BERDEJO- la ley no ampara sólo a la expresión literaria concreta, sino asimismo a su línea argumental, cuya utilización absolutamente servil por otro puede llegar a ser considerada como plagio aunque la vestidura verbal sea distinta, e incluso si se introducen cambios insustanciales, como si el conjunto se traslada de época o de país» [el énfasis es mío]. Vid. J.L. LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1º, 3ª ed., J.Mª Bosch ed., Barcelona, 1990 (reimp. 1991), p. 499.

<sup>68</sup> NORDEMANN no tiene empacho en reconocer que, en ocasiones, la aparición o *autoría* de una idea en el mundo de la literatura de ficción (él pone el ejemplo de la idea de reunir en una misma persona al culpable y al perseguidor de una obra policíaca) se puede datar y establecer con precisión, lo que significa que las ideas pueden presentar el dato de la originalidad y ser el resultado de un serio esfuerzo intelectual. Precisamente por eso es por lo que NORDEMANN cree que la negación de la protección de las ideas no puede fundamentarse en el concepto de creación. Vid. W. NORDEMANN, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, pp. 68-69. H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 81, refiere algún fallo judicial en el que se sostiene, y él mismo suscribe sin rubor, la tesis de que, al menos en el campo de las obras literarias, el contenido puede resultar protegible. Para F. BONDÍA ROMÁN, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 121, «en algunas obras determinados contenidos también quedan protegidos (argumento o personajes) (...)». Por último, también E. ULMER, «La protección por el derecho de autor de las obras científicas en general y de los programas de computadores en particular» (trad. de P. MUÑOZ DE BEAUGIER), *RIDA* n° 74 (octubre 1972), pp. 74 y 76 respectivamente, sostiene que «[E]l caso de las obras de poesía o de ficción pone de relieve que el derecho de autor también comprende ciertos elementos del contenido de la obra. (...) «El contenido creado, el carácter de los personajes, el desarrollo de la intriga, la trama de los elementos, etc..., todo ello puede ser protegido por el derecho de autor».

das, en los que prácticamente el único rasgo de originalidad posible sería el derivado de las expresiones concretamente empleadas por el autor. Pero si un especialista en el arte gastronómico concibe la realización de una receta completamente nueva, por lo que se refiere a la combinación de ingredientes o al método de elaboración, no parece de recibo descartar la posibilidad de que el derecho de autor le proteja *también* en relación con esos aspectos de fondo, y no sólo en relación con la forma —previsiblemente original— en la que logre concretar expresivamente su receta.<sup>69</sup>

### III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA UTILIZACIÓN INCONSENTIDA DEL CONTENIDO DE UNA OBRA

#### 1. LAS MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN LEGALMENTE TIPIFICADAS Y SU POLARIZACIÓN EN TORNO AL ASPECTO FORMAL DE LAS OBRAS

En el epígrafe anterior he sostenido que, a los efectos de lograr una eventual protección por las normas que disciplinan el derecho de autor, también las llamadas ideas pueden revestir la suficiente originalidad, que además no es exacto decir que las ideas aparecen siempre desprovistas de todo ropaje expresivo, y que —sobre todo para determinadas categorías de obras— el aspecto ideal o el llamado contenido de la obra puede pesar tanto o más que el aspecto formal, de cara a alcanzar la originalidad que la ley exige. Sin embargo, aunque ciertamente hubiese logrado convencer de la bondad de todas o alguna de estas afirmaciones, apenas habría avanzado en el propósito último que me propongo, que no es otro que el de demostrar que los creadores de contenidos originales, plasmados en obras intelectuales, pueden aspirar a una protección de los mismos conforme a los parámetros del derecho de autor.

Y creo que el avance en la consecución de tal propósito sería escaso porque, bien mirado, escasas son las repercusiones de afirmar que no es con base en la noción de obra, como se puede combatir el argumento de que los autores de ideas o contenidos originales pueden aspirar a ser protegidos por la legislación de propiedad intelectual.<sup>70</sup> Desde mi punto de vista las mayores dificultades comienzan a partir de ahí, dado que la cuestión clave —insisto, aun aceptando que las ideas o contenidos originales merezcan la protección propia del

<sup>69</sup> En contra puede verse la sentencia del TGI París de 30 de septiembre de 1997, *RIDA*, n° 177, pp. 273 y ss. [reseñada por P. CÁMARA ÁGUILA en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 1 (enero-abril 1999), pp. 187-188], donde se descarta la consideración como obra del ingenio de las recetas de cocina en sí, más allá de su expresión literaria, al no constituir más que una secuencia de instrucciones. Ante fallos judiciales como éste, habría que preguntarse qué otra cosa distinta de una secuencia de instrucciones son los programas de ordenador, y por qué entonces se asume tan pacíficamente que ellos sí pueden constituir el objeto de un derecho de autor. Volveré sobre esta última cuestión *INFRA*, § V. RAZONES DE POLÍTICA CULTURAL Y LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS IDEAS.

<sup>70</sup> En esto estaría de acuerdo NORDEMANN, para quien «la falta de protegibilidad de la idea no tiene tanto su raíz en el concepto de obra (...)». Pese a todo, este autor no es partidario de proteger las ideas a través del derecho de autor, si bien justifica preferentemente su postura en razones de política cultural. Vid. W. NORDEMANN, «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 70.

derecho de autor— se centra en averiguar cuál es la clase de protección que sus creadores pueden esperar recibir en ese contexto : mucho me temo que las facultades patrimoniales exclusivas en las que, siguiendo la LPI, se descomponen el contenido del derecho de autor, y que se corresponden con otras tantas actividades respecto de las cuales el autor puede hacer valer frente a terceros su *ius prohibendi*, están concebidas a la medida de la protección del aspecto formal y no de los contenidos de las obras.<sup>71</sup>

En efecto, ¿de qué le sirve al sujeto que ha concebido —pongo por caso— un novedoso sistema de vigilancia, con útiles aplicaciones para las empresas dedicadas al sector de la seguridad privada, estar amparado frente a la reproducción in consentida del texto (supuesto que éste sea original desde el punto de vista de la expresión) en el que haya plasmado su idea, o frente a la distribución in consentida de ejemplares del mismo? Lo que a dicho sujeto le interesa es que el ordenamiento le proteja frente a la aplicación o puesta en ejecución de su idea, siempre que pueda ser calificada como una actividad de utilización o explotación económica en sentido lato.

Por lo tanto, de lo que se trata ahora es de demostrar que las facultades exclusivas que la ley atribuye a los autores para proteger sus creaciones originales, son hábiles no sólo para protegerles frente a la utilización in consentida de la forma de sus obras, sino también cuando esa utilización in consentida afecte al contenido de las mismas. Demostración que sólo puede obtenerse a condición de trascender los cuatro concretos derechos de explotación acuñados por el legislador, correspondientes a otras tantas formas típicas de utilización de las obras intelectuales, para apelar a la noción misma de explotación de las obras que, tal y como la propia ley la configura, es decididamente omnicompreensiva. Así cabe deducirlo al menos, de artículos como el 17 o el 2º LPI.<sup>72</sup>

Quiere esto decir que, al margen de que la ley contemple y describa un número determinado de derechos de explotación, compete al autor la obtención de cualesquiera rendimientos económicos que su obra sea capaz de generar en una actividad con terceros.<sup>73</sup> Creo que con este postulado estaría de acuerdo la

<sup>71</sup> Esas facultades -derechos en la terminología de la Ley-, de contenido patrimonial (por oposición a las facultades morales) y posibilidad de ejercicio en exclusiva (por oposición a los derechos de simple remuneración), son, como se sabe, las de reproducción (artículo 18 LPI), distribución (artículo 19 LPI), comunicación pública (artículo 20 LPI) y transformación (artículo 21 LPI).

<sup>72</sup> Conforme al artículo 17 LPI «[c]orresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra *en cualquier forma y, en especial*, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, (...)». Y según el artículo 2º LPI, «[l]a propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor *la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra*, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley» [los énfasis son míos].

<sup>73</sup> Dice T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (trad. de E. VERDERA y L. SUÁREZ-LLANOS), Bosch, Barcelona, 1970, p. 279, que «[e]l derecho absoluto a que los demás se abstengan de utilizar la creación intelectual tutela sustancialmente (...) la probabilidad de ganancia obtenible mediante la utilización de la creación frente a terceros».

generalidad de la doctrina que se ha ocupado del tema,<sup>74</sup> pese a lo cual dudo que ningún representante de esa doctrina aceptase extraer de ella la afirmación de que la obtención de ganancias mediante la utilización de una idea —original— ajena, en una actividad con terceros, puede constituir un caso de explotación de una obra intelectual. Probablemente en ello tendría mucho que ver el argumento tradicional —que traté de rebatir en el epígrafe anterior— a propósito de que las ideas no forman parte del objeto del derecho de autor.

Son varias las incógnitas que se suscitan en torno a esa *actividad con terceros*, las cuales deben ser despejadas para perfilar con nitidez la noción de explotación de las obras intelectuales. ¿Es definitoria la presencia de un ánimo de lucro? ¿Debe producirse un acceso efectivo a la obra explotada por parte del público? ¿Basta con que el sujeto que lleva a cabo la utilización de la obra la aplique dentro de un proceso productivo propio de manera que, sólo indirectamente, pueda hablarse de accesibilidad al público?

Por lo que se refiere a la ausencia de ánimo de lucro —se entiende, en la actividad mediante la cual una obra es hecha accesible al público—, no se contempla como un dato que, con carácter general, pueda por sí mismo propiciar que la actividad en cuestión deje de ser considerada como un acto de explotación.<sup>75</sup> Y cuando, puntualmente, la ausencia de una finalidad lucrativa es tenida en cuenta para configurar un límite a los derechos exclusivos del autor, nunca lo es en solitario sino en compañía de otros factores adicionales.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Así, J.L. GARCÍA MARTÍN, «La noción de explotación en las creaciones intelectuales», *RDP*, 1992, p. 920, define la explotación como «aquella actividad (...) tendente a la obtención de unos rendimientos económicos de las mismas [creaciones intelectuales], mediante su puesta a disposición a un colectivo importante de personas (público), utilizando para ello una forma determinada». Para J.L. LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1º, 3ª ed., J.Mª Bosch ed., Barcelona, 1990 (reimp. 1991), p. 504, «[e]l aspecto pecuniario del derecho sobre la obra literaria o artística se concreta en el disfrute económico de ella por el autor mediante su monopolio de explotación temporal o derecho de exclusiva, que abarca cualquier medio de difusión de la misma» [el énfasis es mío]. F. RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 301, dice que «nuestra ley contempla las facultades y formas de explotación de la obra intelectual o artística con criterio de *numerus apertus*», lo que le hace pensar, junto a las formas básicas tipificadas, en facultades o formas atípicas de explotación. Aproximadamente la misma opinión mantienen F. BONDÍA ROMÁN, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 94 y J. MARCO MOLINA, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 210-212.

<sup>75</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, aunque en principio considera que una característica de las actividades de explotación es el hallarse dirigidas tendencial o potencialmente a obtener una ganancia, termina por reconocer —siguiendo a DESBOIS— que la mera gratuidad de la actividad no es suficiente para excluirla de la esfera de exclusiva de explotación que la ley concede a los autores. Vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 298.

<sup>76</sup> Así, en el artículo 37.1 LPI, la libre reproducción de obras por museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas o archivos, se supedita no sólo a la ausencia de una finalidad lucrativa, sino también a que estos organismos sean de titularidad pública o se hallen integrados en instituciones de carácter cultural, así como a que la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación. Igualmente el límite contemplado en el artículo 38 LPI admite la posibilidad de llevar a cabo una libre ejecución de obras musicales, a condición de que la ejecución tenga lugar en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas, la asistencia al acto sea gratuita, y los artistas que intervinieran no perciban una remuneración específica por su participación.

En cuanto a la falta de acceso efectivo del público a la obra, debe señalarse que tampoco éste constituye un hecho relevante a la vista de cómo aparecen definidos por la propia ley los cuatro derechos de explotación tipificados.<sup>77</sup> Lo que se valora es en todo caso la posibilidad de acceso del público a la obra, de forma que quien con su conducta haya posibilitado ese acceso —el librero que tiene puestos a la venta ejemplares de un libro, el organizador de una exposición de pintura, la cadena de televisión que emite un film cinematográfico— merece ser considerado un explotador de la obra, por más que su tarea haya sido en vano —ningún cliente adquiere un ejemplar del libro, ningún visitante acude a la exposición, ningún telespectador contempla el film—. <sup>78</sup>

En definitiva el concepto de público es bastante más contingente con respecto a la definición de explotación de las obras intelectuales de lo que en principio pudiera parecer. El público sólo aparece aludido en dos de las cuatro modalidades de explotación tipificadas, y aun así más como colectivo al que potencialmente va dirigida la actividad de que se trate que como colectivo que ha de tener acceso efectivo a la obra. Esto permite sostener, con cierto fundamento, que la actividad por la que un sujeto se sirve de una creación intelectual ajena dentro de un proceso de producción y subsiguiente oferta de bienes o servicios en el mercado, constituye un acto de explotación de dicha obra por más que el público no tenga acceso directo a la misma, sino a bienes o servicios que son el resultado de un proceso productivo en el que la obra resultó empleada.<sup>79</sup>

Imaginemos que un reputado cocinero idea una serie de novedosas recetas de cocina y autoriza a un determinado restaurante para que prepare y sirva a sus clientes dichas recetas. Imaginemos incluso que dicho cocinero publica un libro en el que se describen las recetas. Un segundo restaurante comienza entonces a ofrecer a su clientela las recetas ideadas y descritas por nuestro cocinero. Si se opta por un análisis convencional, es claro que el segundo restaurante no estaría explotando la obra creada por el cocinero en la medida

---

<sup>77</sup> En el caso de la reproducción (artículo 18 LPI) y de la transformación (artículo 21 LPI) no se hace siquiera la menor alusión a la noción de público. Al definir la distribución (artículo 19 LPI) se habla de ella como «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra», y por comunicación pública hay que entender (artículo 20 LPI) «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas» [los énfasis son míos].

<sup>78</sup> Subraya este aspecto J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comunicación pública mediante altavoz y otro instrumento idóneo de la obra radiodifundida en España», en *El derecho de difusión por radio y televisión*, ALADDA, Barcelona, 1995, p. 262.

<sup>79</sup> Soy consciente de cuánto se aleja esta propuesta de la visión comúnmente manejada de explotación, conforme a la cual resulta clave la posibilidad de percepción de la obra en sí por parte del público. Así, J. MARCO MOLINA, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 213-217, cree que el mínimo común denominador de toda forma de explotación es que sea potencialmente lucrativa y que se encamine a hacer accesible la obra a una pluralidad indeterminada de personas, punto de vista que es suscrito básicamente por F. BONDÍA ROMÁN, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 94. También J.L. GARCÍA MARTÍN, «La noción de explotación en las creaciones intelectuales», *RDP*, 1992, p. 941, considera «elemento necesario para que pueda hablarse de explotación de las creaciones intelectuales (...) la presencia de un colectivo más o menos importante de personas -público- a cuya disposición se pongan dichas creaciones».

en que no está reproduciendo, distribuyendo, comunicando públicamente o transformando su recetario. Sin embargo, no deja de ser cierto que las recetas, dotadas de un contenido original,<sup>80</sup> están siendo empleadas dentro del proceso de producción de un sujeto que opera en el mercado de bienes y servicios sin consentimiento de quien las ideó, y eso no lo cambia ni siquiera el hecho de que haya sido publicado un libro en el que se describen tales recetas. El cocinero no puede impedir, acudiendo a las formas de explotación tipificadas legalmente, que el segundo restaurante sirva en su establecimiento las recetas por él ideadas. Sólo acogiendo una noción amplia de explotación podrían los autores controlar conductas de este tipo.<sup>81</sup>

Recapitulando, si lo que se emplea es la forma original de una obra, resulte o no dotada al mismo tiempo de un contenido original, lo más probable es que se acuda a alguna de las modalidades de explotación legalmente tipificadas, lo que simplifica la reacción defensiva por parte del autor. Pero si de lo que se trata es de proteger el contenido original de una obra frente a su empleo *indirecto* por un sujeto que se sirve de él para sus propios fines empresariales, aunque no incurra exactamente en una reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la forma expresiva, entonces sólo es posible defenderse acogiendo una noción amplia de explotación, una noción que la haga tal vez equivalente al concepto de uso.<sup>82</sup>

## 2. LA EXPLOTACIÓN DEL CONTENIDO EN ALGUNOS CASOS PARTICULARES

### 2.1. Programas de ordenador

No se crea que esa noción amplia de explotación resulta por completo extraña al sistema de la LPI. En gran medida, la correspondencia entre uso y explotación de una obra intelectual, está presente en la regulación especialmente dispensada a los programas de ordenador en el Título VII del Libro I de la Ley. En efecto, aunque lo que el artículo 99.a) LPI reserva en exclusiva al titular de los derechos sobre un programa de ordenador es, entre otras cosas, «la repro-

---

<sup>80</sup> Naturalmente, si las recetas en cuestión no estuviesen dotadas de originalidad en su contenido, no ha lugar a plantear el problema aquí expuesto, porque no habría ningún inconveniente en que cualquier restaurante ofreciese en su carta esas recetas. En tal caso sí que toda protección hacia el autor de una receta tendría que concentrarse en modalidades de explotación que supusieran una utilización de la forma expresiva con que la misma se hubiera descrito, a condición de que tal forma revistiera por su parte alguna originalidad.

<sup>81</sup> Podrían imaginarse casos en los que todavía es menor la relación del público como destinatario final de un bien o servicio, y el autor cuya creación no se hace accesible públicamente pero es empleada dentro del proceso de producción de dicho bien o servicio. En el ejemplo, los clientes del restaurante pueden al menos degustar el plato preparado conforme a la receta, lo cual no deja de ser una forma de acceso a la misma.

<sup>82</sup> Claro, esto es algo que descartan quienes se inclinan por una visión *al uso* (y valga la redundancia) de explotación. Así, J.L. GARCÍA MARTÍN, «La noción de explotación en las creaciones intelectuales», *RDP*, 1992, p. 930, siguiendo en este punto a LÓPEZ JACOISTE, opina que «la idea de explotación a diferencia de la de uso, no concluye en la utilización personal de los servicios de la cosa, sino que emplea ésta como instrumento para la obtención de beneficios».

ducción total o parcial» del mismo, no se olvide que, según ese mismo precepto, será necesaria autorización del titular de los derechos «[c]uando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción», cosa que al parecer, técnicamente, puede estimarse que siempre sucede.

Es decir, a través del expediente —un tanto forzado— de considerar reproducción, en el sentido legal del término, a lo que sólo lo es de un modo efímero y dentro de procesos internos de funcionamiento del propio ordenador,<sup>83</sup> se consigue que actos de mera utilización o aplicación del programa penetren de lleno en la órbita de exclusiva reservada al titular de los derechos.<sup>84</sup> A la vista de lo anterior no me parece casual, ni probablemente desacertado, que haya quien considere a los programas de ordenador como «obras que, por sí mismas y al margen de su configuración material o externa, son todo contenido».<sup>85</sup>

## 2.2. *Proyectos, planos, maquetas y diseños de obras de arquitectura e ingeniería*

Otro tanto cabría decir de la protección que, conforme al artículo 10.1.f) LPI, se dispensa a los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. Curiosamente la Ley no declara explícitamente protegibles las obras de arquitectura e ingeniería, sino tan sólo los elementos preparato-

<sup>83</sup> Como señala BONDÍA ROMÁN, «[n]o debe confundirse la reproducción necesaria para la utilización del programa con la copia del programa. El programa se reproduce en todo o en parte mientras el ordenador lo ejecuta. Durante este proceso no se lleva a cabo copia alguna del programa en el sentido tradicional y propio de realización u obtención de un ejemplar permanente de un original (...). Las operaciones de carga, almacenamiento, etc., no suelen dejar rastro alguno del programa una vez ejecutado por el ordenador». Vid. F. BONDÍA ROMÁN, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 371.

<sup>84</sup> Como explica J. DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 1465, «[d]esde los primeros trabajos sobre la protección jurídica del *software* se advirtió que para que ésta alcanzara sus objetivos habría de reservar a los titulares del mismo la exclusiva en la utilización y no sólo en la reproducción, distribución, comunicación o transformación. (...) Por ello la doctrina trató de subsumir esta utilización en un derecho claramente reconocido, el de reproducción. Para ello argumentó que, por razones técnicas, toda utilización de un programa en un ordenador conlleva necesariamente una copia o duplicado de las instrucciones en la memoria interna del mismo (lo que aproximadamente es cierto) y que tal copia supone una reproducción en el sentido legal (...). Más adelante (p. 1469), comentando la regulación de la Directiva [91/250/CEE sobre protección jurídica de programas de ordenador] y los cambios que motivó en el ordenamiento interno español, DELGADO ECHEVERRÍA concluye: «[l]o cierto es que el articulado de la Directiva no llega a decirlo (tampoco la Ley española), pero se aprecia el deseo de que todo ocurra como si, en realidad, todo uso del programa quedara reservado al titular de los derechos de explotación». También F. BONDÍA ROMÁN, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 371, cree que en el artículo 99.a) LPI «[s]e consagra, pues, un nuevo derecho (*rectius* facultad) en materia de programas de ordenador: el derecho de uso», ya que «la mera utilización del programa requiere la autorización del autor o de su derechohabiente».

<sup>85</sup> Vid. F. BONDÍA ROMÁN, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 121.

rios de las mismas. Con independencia de que semejante falta de mención deba ser solventada en sede interpretativa,<sup>86</sup> y de que por tanto las obras de arquitectura o de ingeniería merezcan ser protegidas frente a, por ejemplo, su reproducción inconsentida por medio de la fotografía o su comunicación pública a través de una emisión televisiva,<sup>87</sup> lo que me interesa destacar es que a los proyectos, planos, maquetas y diseños de esta clase de obras no basta con protegerlos en relación con su reproducción, distribución, comunicación pública o transformación. Es preciso hacerlo también con respecto a su puesta en ejecución o actuación efectiva a través de la construcción de la obra en ellos proyectada, planeada, maquetada o diseñada.<sup>88</sup>

Negar esto significaría condenar a esta clase de autores a una protección extremadamente limitada. Al arquitecto o al ingeniero que ha proyectado, planeado, maquetado o diseñado una obra le ha de resultar francamente insuficiente que la Ley le permita perseguir al sujeto que, sin su permiso, expone públicamente los proyectos, planos, maquetas o diseños de su obra en una exposición, o a quien los fotocopia y distribuye sin su autorización, si por otra parte no se le ampara frente a la conducta del sujeto que decide poner en pie el edificio o la obra de ingeniería que esos proyectos, planos, maquetas o diseños reflejan.

Nos hallamos, pues, ante otro caso claro de explotación que sin embargo no es reconducible en sentido estricto a ninguna de las cuatro modalidades de explotación tipificadas en la LPI,<sup>89</sup> un caso por tanto en el que vale más hablar

---

<sup>86</sup> Para R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 186, «(...) hay que entender que las obras arquitectónicas y de ingeniería, aunque consta expresamente que el legislador no las quiso mencionar, deben ser consideradas como obras protegidas cuando tengan un grado de originalidad suficiente».

<sup>87</sup> Siempre teniendo en cuenta el límite a los derechos de autor recogido en el artículo 35.2 LPI, a saber, «[l]as obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales».

<sup>88</sup> Dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 187: «[l]a protección de los proyectos, planos, maquetas y diseños comprenden no sólo su reproducción como tales, sino que se extiende, además, a que no se puedan utilizar (sin autorización de su autor) para la ejecución de la obra definitiva».

<sup>89</sup> Según R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 187, nota a pie nº 6, cuando se afirma que la protección de los proyectos, planos, maquetas y diseños de arquitectura e ingeniería se extiende también a la ejecución de la obra definitiva en ellos basada [vid. nota anterior], «[e]llo queda incluido dentro de los derechos de explotación del autor, aunque en principio no sea propiamente un derecho de reproducción o de transformación, de acuerdo con nuestra Ley». En algunos ordenamientos foráneos el supuesto goza de cierta contemplación legal, si bien las soluciones varían considerablemente de unos a otros. Así, en Francia, la ejecución repetida de un plano o proyecto tipo de una obra de arquitectura es considerado un caso de reproducción (vid. artículo L. 122-3, tercer párrafo, CPI), mientras que en Alemania la ejecución de planos o bocetos de una obra de las artes plásticas, así como la repetición o imitación de una obra de arquitectura, son tratadas como supuestos de transformación (vid. § 23 UrhG). En el caso italiano, sólo para proyectos de obras de ingeniería u otras análogas que constituyan soluciones originales de pro-

de explotación a través del uso o aplicación de la obra. Diría más, uso o aplicación del *contenido* de una obra, pues si se toma como referencia la obra de arquitectura o ingeniería una vez erigidas, es obvio que los proyectos, planos, maquetas y diseños no están dotados de la expresión formal definitiva propia de aquellos dos ámbitos. El proyecto, el plano, la maqueta o el diseño están situados, respecto de la obra arquitectónica o de ingeniería en sí, en la misma relación en que puede hallarse una idea publicitaria con respecto a la creación publicitaria definitiva.

### 3. LA TRANSFORMACIÓN COMO UN CASO DE EXPLOTACIÓN DEL CONTENIDO DE UNA OBRA

Parece, por tanto, que el contenido de una obra, considerado separadamente de la forma que lo contenga, puede ser objeto de explotación a través de lo que cabría considerar su *uso* o *aplicación* dentro de una actividad con terceros, mas no a través de las modalidades de explotación legalmente tipificadas. No me conformo, sin embargo, con esta conclusión, sino que creo posible ofrecer algún argumento más a favor de la tesis de que los contenidos originales de una obra pueden protegerse haciendo recurso de la noción de explotación que se refleja en la LPI, incluso echando mano de una de las facultades en ella tipificadas, como es la facultad de transformación.

Transformar una obra, según se desprende del artículo 21 LPI, supone introducir alguna «modificación en su forma», tal como traducirla o adaptarla, de modo que como consecuencia del proceso de transformación «se derive una obra diferente». Las, así llamadas, obras derivadas, son consecuentemente obras parcialmente originales, dado que sus autores proyectan su esfuerzo creativo, por definición, sobre una creación intelectual preexistente.<sup>90</sup>

Me interesa subrayar especialmente que el precepto legal se refiere a la transformación como *una modificación que afecta sólo a la forma* de la obra. Si se contrasta este dato con el hecho, generalmente incuestionado, de que toda creación no es sino el resultado de combinar forma y contenido, ha de concluirse que todo proceso de transformación implica *una reproducción del contenido* de la obra. Reproducción, tal vez no en el sentido legal del término, porque una vez más la definición de reproducción que ofrece el artículo 18 LPI aparece hecha a la medida de los aspectos exclusivamente formales de las obras.<sup>91</sup> Cuando me refiero a *reproducir* el contenido de una obra, siendo el caso que paralelamente su forma experimenta una transformación, obviamente no se puede con-

---

blemas técnicos, el artículo 99 L.A. concede a sus autores el derecho a percibir una remuneración equitativa de quienes pongan en realización el proyecto sin su consentimiento. Sin embargo, este derecho no sólo no se configura como un derecho de exclusiva sino que además se contempla como un derecho conexo al ejercicio del derecho de autor, regulado por tanto en el Título II de la Ley.  
<sup>90</sup> Vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 432 y 435.

<sup>91</sup> «Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella».

cebir esa reproducción al modo en que se reproduce la forma de la obra. Es necesario, como siempre que se habla del contenido separadamente respecto de la forma, emplear el índice de abstracción correspondiente, pues sólo de ese modo el contenido de una obra preexistente se hace reconocible bajo la nueva cobertura formal de la obra derivada.

En el intento de explicar esa *inmutabilidad del contenido* que necesariamente debe acontecer en el curso de un proceso de transformación intelectual —si ni siquiera permaneciera inmutado el contenido carecería de sentido que se configurase la transformación como un caso de explotación de una obra ajena—, se han ensayado fórmulas como la de la forma interna. La noción de forma interna, entendida ésta como una suerte de configuración estructural de la obra, a mitad de camino entre su contenido y su forma externa o forma expresiva, ha encontrado siempre especial acogida entre la doctrina alemana.<sup>92</sup> Aplicada esta noción a los casos de transformación, sirve para explicar que lo que ésta comporta son sólo cambios en la forma externa de la obra, permaneciendo inalterada su forma o configuración interna.<sup>93</sup>

Desde mi punto de vista, sin embargo, el recurso al concepto de forma interna, o cualquier otro similar,<sup>94</sup> no representa sino la invención de un nivel intermedio inexistente o, en el mejor de los casos, imposible de delimitar<sup>95</sup> que en el fondo sólo sirve para no tener que admitir que en las obras derivadas el

<sup>92</sup> La formulación inicial de la distinción entre forma interna y forma externa, dentro de la doctrina jurídica, se debe a J. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1907 (reeditado por Scientia Verlag, Aalen, 1980), pp. 128-170. De ella se siguen haciendo eco autores como E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3ª ed., Springer Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1980, p. 120, o H. HUBMANN y M. REHBINDER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 8ª ed., C.H.Beck, Munich, 1995, p. 39. I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausana, 1985, pp. 32-43 ha elaborado una síntesis de los aspectos más relevantes de esa distinción, tanto en el pensamiento del propio KOHLER como en el de otros autores posteriores.

<sup>93</sup> ARE, que contempla la forma interna como la conexión y el reagrupamiento de los elementos de la obra, su composición o construcción orgánica, dice también de ella que es «lo que permanece en una obra aunque ésta venga reelaborada, mudando los elementos exteriores». Vid. M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Giuffrè, Milán, 1963, p. 150 [traducción propia]. En sentido muy similar se manifiesta P. GAUDRAT, «Réflexions sur la forme des oeuvres de l'esprit», en *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, París, 1995, p. 207, cuando dice que «la identificación del objeto de protección en la forma interna explica que, detrás de la aparente diversidad de formas externas, el derecho de autor tenga en realidad un objeto único» [traducción propia].

<sup>94</sup> La doctrina francesa, al menos la tradicional, suele referirse al concepto de composición, como nivel intermedio entre la ideación y la expresión. Vid. por todos H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3ª ed., Dalloz, París, 1978, p. 11.

<sup>95</sup> De lo proceloso de esa delimitación levanta acta RIVERO HERNÁNDEZ, quien después de observar: «[e]n línea de principio, en la transformación los elementos sustanciales que definen la obra resultante se identifican generalmente con los de la original, mientras que varían en mayor o menor proporción la forma interna, la forma externa o el medio de expresión. (...)», se ve obligado a concluir: «[n]o 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 posible». Vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 433. Aunque por razones distintas (vid. nota siguiente) también a F. BONDÍA ROMÁN, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 121, le parece insuficiente, para explicar el mecanismo de la transformación, el recurso a la idea de forma interna.

contenido de la obra preexistente no se altera,<sup>96</sup> porque eso sería tanto como decir que el contenido, de algún modo, se protege, lo cual es en última instancia lo que se quiere evitar.<sup>97</sup> En cambio, afirmar que quien lleva a cabo una transformación explota la obra preexistente porque toma elementos pertenecientes a su forma —interna, pero forma a la postre—, resulta más acorde con los postulados tradicionales acerca de la imposibilidad de proteger los contenidos por el derecho de autor.<sup>98</sup> Lo aconsejable, en mi opinión, sería prescindir sencillamente del concepto de forma interna o de cualquier otro que le pudiera equivaler.

Aunque explicar en estos términos el fenómeno de la transformación pueda provocar cierta perplejidad, creo que esa perplejidad puede paliarse reflexionando acerca de supuestos, cuya reconducción al ámbito de la transformación es pacífica, y que sin embargo representan con toda probabilidad una distancia entre la obra preexistente y la derivada mucho mayor que la que puede haber entre la concepción de una idea publicitaria, o de un método con aplicaciones empresariales, y su plasmación en una creación publicitaria o su puesta en aplicación respectivamente. Me refiero en general a los casos de transformación de obras pertenecientes a órdenes intelectuales distintos, y particularmente al caso de la adaptación cinematográfica de una obra literaria.<sup>99</sup> Es perfectamente posible que los diálogos del filme no hayan heredado ni una sola expresión literal de la novela ;<sup>100</sup> es posible incluso que se trate de un filme

<sup>96</sup> Para F. BONDÍA ROMÁN, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 121, «es imposible que la variación de la forma no altere el contenido». Y más adelante, como quiera que «en algunas obras determinados contenidos también quedan protegidos (argumento o personajes)», su apropiación sería «elemento fundamental para su transformación en una obra diferente». La visión de este autor, con quien no puedo estar de acuerdo, desborda claramente la definición de transformación del artículo 21 LPI.

<sup>97</sup> Ésa es también la opinión de MARCO MOLINA. Concluye esta autora, después de dedicar varias páginas al examen de la distinción entre forma externa y forma interna tal y como la entendieron KOHLER y DE BOOR, que «[L]a distinción entre *forma externa* e *interna* acaba convirtiéndose en un mero subterfugio para evitar declarar que en infinidad de ocasiones el propio *contenido* de la obra deberá quedar protegido». Vid. J. MARCO MOLINA, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 335.

<sup>98</sup> La propia MARCO MOLINA, continuando el razonamiento transcrito en la nota anterior, observa en tono crítico que «cuando por estar a la orden del día la filmación de argumentos de obras literarias, quiera el legislador reservar también al autor tal utilización, que lo es, sin duda, del propio *contenido* de la obra, la doctrina dirá que estamos ante una protección de la *forma interna* de la obra literaria que ha sido llevada al cine». Vid. J. MARCO MOLINA, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 335-336.

<sup>99</sup> JEHORAM se refiere precisamente a la realización de un filme basado en una novela, según él uno de los ejemplos clásicos de adaptación, como un caso en el que en cierto sentido está presente la protección de una idea. Vid. H.C. JEHORAM, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 170.

<sup>100</sup> Por más que se pueda estar de acuerdo con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en que «[l]a adaptación para obra audiovisual se realiza normalmente a través de la adaptación de una obra literaria originaria (novela, obra dramática), de la que se extraen el argumento y el guión o los diálogos». Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 203. Es sintomático que, para RODRÍGUEZ TAPIA, elementos como el argumento y el guión (o plan) de una obra deban conceptuarse antes como ideas que como partes de su aspecto formal. En efecto, bajo un epígrafe titulado *Las ideas también son protegibles*, este autor sostiene -en una cita que ya he transcrito SUPRA- que «[l]os formatos de programas audiovisuales son protegibles y registrables si tienen una mera descripción

mudo ; es seguro que la obra literaria no contendrá por su parte ningún rasgo expresivo de carácter audiovisual. Sin embargo, a pesar del serio esfuerzo de abstracción que la mayor parte de las veces hay que realizar para identificar la obra originaria dentro del discurso expresivo de la obra cinematográfica, no se pone en duda que la adaptación de una novela para el cine constituye un caso de transformación, y por tanto de explotación, de dicha novela.<sup>101</sup>

#### 4. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PROTECCIÓN DE LAS IDEAS EXPRESADAS EN UNA OBRA INTELECTUAL

Aceptar las premisas que hasta aquí llevo expuestas implica aceptar que el derecho de autor puede ser una alternativa válida, o al menos no frontalmente descartable, cuando se trata de lograr una protección jurídica para las ideas, principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos. Pero no significa ignorar que existen otros posibles mecanismos de protección a los que acudir en defecto de aquél, mecanismos de los que por otra parte se ha venido sistemáticamente echando mano dado el rechazo generalizado a la posibilidad de proteger por el derecho de autor las ideas y objetos similares, aunque probablemente ninguno de ellos esté específicamente concebido para la protección exclusiva de tales objetos desde la perspectiva en la que han sido contemplados a lo largo de este trabajo, es decir, como elementos integrantes del contenido de una obra intelectual.<sup>102</sup>

---

compleja, pues recordemos, con el artículo 64 RLPI, que el *plan y argumento* de una obra musical o dramática constituyen propiedad» [énfasis del autor]. Vid. J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 54-55.

<sup>101</sup> Vid. por todos F. RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 441. De hecho, el único tratamiento contenido en la LPI de una figura contractual relacionada con el derecho de transformación, se halla en sede de adaptación audiovisual de obras preexistentes (artículo 89 LPI). Aludiendo a las obras literarias de ficción decía ULMER que «[E]l contenido creado, el carácter de los personajes, el desarrollo de la intriga, la trama de los elementos, etc..., todo ello puede ser protegido por el derecho de autor, es decir que toda adaptación, como es el empleo de la intriga para una película, constituye falsificación» [el énfasis es mío]. Vid. E. ULMER, «La protección por el derecho de autor de las obras científicas en general y de los programas de computadores en particular» (trad. de P. MUÑOZ DE BEAUGIER), *RIDA* n.º 74 (octubre 1972), p. 76.

<sup>102</sup> Mecanismos de los que, por razones de espacio y de sistemática, me limitaré a hacer mención y a ofrecer alguna información bibliográfica. Así, la protección de una idea puede canalizarse a través del otorgamiento de un contrato de licencia para su explotación [vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La explotación y la protección de las ideas a través de los contratos», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, pp. 223-241], o autorizando su explotación en el marco de un más amplio contrato de licencia de *know-how* [sobre los contratos de licencia de *know-how* véase J. MASSAGUER, *El contrato de licencia de know-how*, Librería Bosch, Barcelona, 1989 ; J.A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (know how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974]. Es posible asimismo articular la tutela de una idea a través de las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, o a través de las normas que disciplinan la competencia desleal, cuando la explotación de una idea ajena se produzca en el contexto de relaciones precontractuales o contractuales que obliguen al recipiendario de la misma a mantener un deber de confidencialidad [vid. V. NABHAN, «La protección de las ideas fuera del ámbito del derecho de autor y de los contratos expresos», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, pp. 367-381 ; J.J. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pp. 225 y ss. ; M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*,

Sin embargo, no se trata de cuestionar la importancia de poder contar con semejantes instrumentos de protección, por más que su utilización se encuentre a veces restringida a determinadas categorías de sujetos, o seriamente condicionada por la necesidad de superar obstáculos probatorios de consideración. Mi propuesta de buscar acomodo entre las normas sobre derecho de autor para la protección de las ideas, no envuelve ningún ánimo de exclusión con respecto a esas otras fórmulas de protección, las cuales pueden resultar incluso más aconsejables en determinadas circunstancias. Lo que defiendo es que al sujeto que ha concebido una idea, principio, teoría, procedimiento, sistema o método, no hay por qué arrebatarle de raíz la posibilidad de que, si lo considera preferible, acuda a las normas sobre derecho de autor para fundamentar su acción contra aquél que se sirvió incontinentamente de su *creación*. Si se decanta por esa opción *sólo* hay dos cosas que ese sujeto necesita estar en condiciones de probar, a saber : la originalidad de su propia creación y la existencia de una efectiva usurpación por parte de su demandado.

#### IV. LA AUTORÍA Y EL PLAGIO DE LAS IDEAS

Si fuera cierto que las ideas son libres porque es imposible predicar su autoría con respecto a un ideador en concreto, ya que se trata de objetos tan elementales que cualquiera puede llegar a concebirlas más tarde o más temprano, entonces carecerían de valor y nadie tendría interés en adquirir derecho alguno para alcanzar su conocimiento y poder efectuar una utilización legítima de las mismas.<sup>103</sup> Más bien hay que pensar que en relación con la formulación de las ideas —o de los principios, teorías, procedimientos, sistemas y métodos— pasa como con ciertos juegos infantiles, del tipo de las adivinanzas o la búsqueda del tesoro. A priori se acepta el reto que en tales juegos se plantea y se aspira a acumular en exclusiva el mérito de hallar la solución, pero cuando resulta ser otro quien se adelanta a conseguir el resultado, todos reivindican la cercanía en la que por su parte se hallaban de lograrlo y procuran hacer cuanto sea posible para restar valor al éxito del contrincante. Con las ideas sucede algo parecido : toda vez que un sujeto las formula, pasan a ser rápi-

---

Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 73]. Por último, la explotación de una idea ajena ya divulgada, en ausencia de toda relación contractual o precontractual, o bien podría constituir un caso de competencia desleal (ya sea por confusión o por un comportamiento parasitario, esto es, por la imitación que comporte el aprovechamiento indebido de un esfuerzo ajeno) o bien podría dar lugar a una acción de enriquecimiento sin causa [vid. nuevamente V. NABHAN, «La protección de las ideas fuera del ámbito del derecho de autor y de los contratos expresos», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, pp. 367-381 ; J.J. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pp. 210-211 ; y L.B. JACK, «The legal protection of abstract ideas : a remedies approach», *IDEA The Journal of Law and Technology*, vol. 18-2 (verano 1976), pp. 12-17].

<sup>103</sup> Y la verdad, no es ésa la conclusión a la que conduce una observación mínimamente detenida de la realidad. En EL PAÍS del lunes 24 de enero de 2000 se incluía (p. 68) un anuncio de la Junta de Andalucía, el cual contenía la convocatoria de un 'Concurso Nacional de Ideas' para la ordenación [urbanística y arquitectónica] de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Como es fácil comprobar, por éste y por otros ejemplos que podrían ponerse, la consecución de ideas originales es un aspecto de indudable valor en muchas disciplinas y profesiones.

damente interiorizadas por los demás, generando en ellos la disonancia cognitiva de considerarlas como propias, cuando lo cierto es que ese estado mental de *reconocimiento como propia* de una idea ajena resulta absolutamente imposible de acreditar.<sup>104</sup> Mientras no se demuestre lo contrario debe suscribirse el razonamiento, por tautológico que resulte, de que hasta tanto algún sujeto da a luz una idea por vez primera, dicha idea no se le ha ocurrido antes a ningún otro.

La cuestión, efectivamente, es acreditarlo. O más bien, desde el punto de vista del ideador que reclama su protección frente a quienes según él se han servido de su idea, evitar que otros demuestren haber tenido antes esa misma idea. Después de constatar que las definiciones frecuentemente manejadas pasan por alto que también las ideas aparecen revestidas de un cierto grado de concreción, o lo que es igual, que gozan de lo que podría considerarse una forma expresiva rudimentaria, y una vez comprobado que su explotación puede quedar cubierta por el derecho de autor, a pesar de que las formas de explotación tipificadas en la LPI parecen estar sólo concebidas en función del aspecto formal de las creaciones, se alcanzó la conclusión de que la originalidad debe ser el único factor a tener en cuenta para proteger tanto la forma como los contenidos de una obra, aunque éstos encajen dentro de lo que comúnmente se conoce como ideas, principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos. Ahora bien, la originalidad hay que probarla y para ello deben sortearse los obstáculos tendidos por parte de quienes ponen en cuestión su presencia. Mi intención a partir de aquí es demostrar que no tiene por qué resultar más difícil superar esos obstáculos cuando se trata de acreditar la usurpación del contenido original de una obra, que cuando nos hallamos situados en un contexto de plagio *normal*, esto es, aquél en el que se encuentra involucrado el aspecto formal de una obra.<sup>105</sup>

El primer obstáculo que puede plantear todo demandado por plagio sería lógicamente el de sostener que no ha llevado a cabo ninguna copia de la obra del demandante, sino que por el contrario ha desarrollado su labor creativa de manera independiente y espontánea. A fin de neutralizar semejante alegación, no se puede exigir al demandante que acredite de manera efectiva cómo el demandado concibió su creación teniendo como referencia inmediata su obra. Obtener evidencias directas de que el demandado ha copiado, por ejemplo a través de testigos presenciales, es virtualmente imposible. De ahí que la demostración de que hubo copia se suele traducir en la práctica, en la demostración de que el demandado tuvo una posibilidad suficiente y razonable de acceso a la obra del demandante. Esa demostración es relativamente fácil de lograr cuando el demandado sea un sujeto al que el propio demandante haya

---

<sup>104</sup> Me atrevería a afirmar que AMAT LLARI era víctima de un estado mental de esta naturaleza cuando escribió : «[L]a idea o la situación en que se basa la obra *nos pertenece a todos*, el trabajo del autor es darle forma» [el énfasis es mío]. Vid. M.E. AMAT LLARI, «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 111.

<sup>105</sup> Las consideraciones que expongo a continuación, siguen en lo esencial el esquema que, en relación con el plagio, propuse en mi monografía *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, pp. 272-296.

proporcionado un ejemplar de su obra, lo que suele acontecer en un contexto de negociaciones encaminadas a interesar a alguien en la explotación de una obra.<sup>106</sup> A falta de esos contactos, que pueden haber tenido lugar con el demandado en persona o con otro sujeto vinculado a él por lazos jurídicos de colaboración o dependencia, el nivel de accesibilidad de la obra del demandante debe medirse en razón del grado de difusión que aquella hubiese conocido dentro del ámbito de actuación del demandado.

Imagínese que el sujeto A ha concebido un método de gestión aeroportuaria relativo al embarque de pasajeros absolutamente revolucionario. Imagínese, marginando hipotéticamente el dato de que las competencias en materia de gestión aeroportuaria corren —de momento— a cargo de un único organismo de titularidad estatal, que A autoriza a la empresa X para poner en práctica su método en los aeropuertos por ella gestionados, pero que asimismo no tiene el menor inconveniente en describir su método a través de un artículo publicado en una revista especializada, así como por medio de entrevistas concedidas a diversos medios de comunicación de masas. Imagínese que la empresa Y, sin contar con autorización alguna, decide implantar en los aeropuertos que por su parte gestiona un método idéntico al concebido por el sujeto A. El sujeto A, sin duda, puede apelar al suficiente grado de difusión de su creación. Se dirá rápidamente que, en el ejemplo, el proceder de A es absurdo, y efectivamente lo es teniendo en cuenta el estado actual de la jurisprudencia y la doctrina sobre este tema. El mejor consejo para él sería que, si quiere evitar que plagien su idea, se abstenga de divulgarla. Pero ¿por qué entonces no aconsejar lo mismo al autor de libros de texto que después resultan ser sistemática e impunemente fotocopiados? ¿o a las empresas de *software* cuyos programas son sometidos a un *pirateo* concienzudo? Si se implantara una cultura de respeto hacia la propiedad intelectual ajena, y ese respeto se extendiera también a las ideas originales latentes bajo ciertas obras, entonces no habría ningún inconveniente en que un sujeto las difundiera abiertamente. El ordenamiento le protegería *también* frente a la aplicación inconsentida de sus ideas —siempre que quepa acreditar que efectivamente es *su* idea la que ha sido explotada sin su consentimiento— sin necesidad de condenarle al secretismo.

<sup>106</sup> El extremo de si podía determinarse o no la existencia de una posibilidad suficiente y razonable de acceso a la obra del querellante, constituyó objeto de debate en un litigio en el que se acabó por estimar que las coincidencias entre dos obras, en concreto dos guiones para una serie audiovisual, afectaban únicamente a ideas germinales y no al desarrollo de la peripecia, a su estructura, o al tono de conjunto. En el fallo, emitido el 28 de octubre de 1997 por el Juzgado de lo Penal número 26 de Madrid, se apreció que no obstante haberse producido la recepción postal del guión del querellante por parte del acusado, ello no tenía por qué tornarse en conocimiento efectivo por parte de éste de la existencia del guión y de su contenido. Por mi parte me permito disentir de esta apreciación. Al margen de que se pueda estar de acuerdo en que las semejanzas entre los dos guiones no afectaban a elementos suficientemente perfilados u originales, creo que el Juzgado se equivoca por lo que respecta a la posibilidad de acceso al guión del querellante, la cual sin duda debió admitir desde el momento en que quedó acreditada la recepción postal del mismo por parte del acusado. Como curiosidad cabe anotar que el guión del acusado, a quien finalmente se absolvió de los cargos que contra él se habían vertido, no era sino el que serviría de base para la elaboración de la exitosa serie de televisión «Médico de familia». Vid. esta sentencia en *R.J.E. La Ley*, 1997-6, Ref. n° 11519, o reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 1 (enero-abril 1999), p. 163.

Pero de nada servirá al demandante por plagio acreditar la existencia de una posibilidad suficiente y razonable de acceso a su obra por parte del demandado, si entre las dos creaciones en litigio no se aprecian semejanzas que hagan pensar en un comportamiento usurpatorio. Más concretamente, para que pueda determinarse la existencia de plagio, es necesario que entre la obra del demandante y la del demandado quepa apreciar *semejanzas sustanciales*.<sup>107</sup> La aproximación a la noción de sustancialidad se ha abordado ora desde parámetros cuantitativos ora desde parámetros cualitativos, pero tanto en uno como en otro caso siempre se ha hecho teniendo en cuenta los aspectos formales de las obras involucradas.<sup>108</sup> Cuando se trate del eventual plagio de una idea, o realidades análogas, habrá que hacer un indudable esfuerzo de abstracción para poder calibrar la sustancialidad de la semejanza entre la creación del demandante y la del demandado.<sup>109</sup>

Interesa examinar, en este sentido, algunas de las consideraciones vertidas por el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su sentencia de 28 de enero de 1995,<sup>110</sup> a propósito de una demanda por plagio interpuesta por un arquitecto contra su comitente, que le había encargado unos proyectos para construcción de viviendas, y un segundo arquitecto, al que achacaba haber incurrido en plagio con respecto a los proyectos por él elaborados. El caso tiene una especial significación por cuanto, como se ha visto en otros epígrafes de este trabajo, los proyectos de obras de arquitectura presentan no pocas analogías con las ideas, principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos, tanto por lo que se refiere a la carencia de una formulación expresiva definitiva, como por lo que hace a la manera de producirse su explotación, no reconducible —o al menos no necesariamente— a las formas de explotación tipificadas en la LPI. Aunque en el caso el Alto Tribunal no se mostró conforme con las alegaciones del arquitecto demandante, y denegó por tanto la existencia de plagio, son ilustrativas estas observaciones extraídas del Fundamento de Derecho Tercero: «[L]as situaciones que representen plagio hay que entenderlas como las de identidad, *así como las encubiertas*, pero que descubren, al despojarlas de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo *ide-*

---

<sup>107</sup> En palabras de nuestro Tribunal Supremo (Sala 1ª), «por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas *en lo sustancial*.» Vid. SSTS (Sala 1ª) de 28.01.1995 (Fº de Dº 3º), *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, marg. nº 387, 17.10.1997 (Fº de Dº 2º), *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, marg. nº 7468, y 23.03.1999 (Fº de Dº 3º), *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, marg. nº 2005 [el énfasis es mío].

<sup>108</sup> Así puede deducirse del análisis que yo mismo he realizado sobre la cuestión, bien que aplicado al caso particular de las obras musicales. Desde luego es preferible un enfoque cualitativo, que permita apreciar la existencia de semejanzas sustanciales entre dos obras siempre que, aunque no resulte afectada una porción cuantitativamente relevante, sí lo sea aquella parte característica o meritoria de la obra, la que en su caso la haya hecho popular o comercialmente valiosa. Vid. R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, pp. 284-286.

<sup>109</sup> En tales casos lo que cabrá apreciar es lo que M.B. NIMMER y D. NIMMER, *Nimmer on copyright*, Matthew Bender & Co. Inc., Nueva York-Oakland, 1996, pp. 13/30 - 13/49, llaman una «semejanza global no literal» («*comprehensive nonliteral similarity*»).

<sup>110</sup> Vid. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, marg. nº 387.

ario o intelectual ajeno» [los énfasis son míos]. Obsérvese que el Tribunal Supremo admite que el plagio no tiene por qué suponer una identidad perfecta o literal entre la obra plagiada y la plagiaria, lo que abre una vía a los supuestos de plagio en los cuales más que el elemento formal de una obra están involucrados sus contenidos. Asimismo reconoce expresamente que el plagio puede representar el aprovechamiento de un esfuerzo ideario ajeno.

Las dificultades no terminan aquí para el sujeto empeñado en demostrar que otro sujeto ha efectuado una usurpación de su obra. Pese a haber quedado probado que el demandado tuvo posibilidades razonables de acceso a la obra del demandante, y pese a haber acreditado la existencia de semejanzas sustanciales entre las dos obras, el demandado puede todavía intentar contrarrestar las alegaciones que contra él se vierten sobre la base de carecer de originalidad la propia obra del demandante. De conseguir acreditarlo, decaería obviamente la pretensión de plagio.

La falta de originalidad de la obra del demandante, o al menos de aquella porción de la misma con la cual la obra del demandado presenta semejanzas sustanciales, podría deberse en primer lugar a la existencia de obras anteriores —incluso todavía protegidas— que resulten igualmente similares tanto a la obra del demandado como a la del demandante.<sup>111</sup> En semejante tesitura es claro que no podría establecerse que el demandado ha tomado como referencia la obra del demandante, en vez de cualquiera otra de esas obras igualmente similares. Tanto el uno como el otro no habrían hecho sino acudir a fuentes comunes de inspiración.<sup>112</sup> Tratándose de un eventual plagio de ideas, el recurso a esta vía de defensa por parte del demandado exigiría la aportación al proceso de creaciones concretas, en las que ya apareciese plasmada o aplicada la idea del demandante.

En segundo lugar podría ocurrir que la obra del demandante se mantuviese excesivamente próxima a elementos pertenecientes al dominio público, tales como los que componen el vocabulario básico de cualquiera de los lenguajes a través de los cuales pueden expresarse las obras intelectuales. Así las cosas el demandado, llegando a un resultado creativo semejante al suyo, se habría limitado a servirse de elementos no pertenecientes a ningún sujeto en particular.<sup>113</sup> Normalmente, de hallarnos en un hipotético proceso por plagio de ideas, ésta sería la estrategia defensiva más socorrida en manos del demandado, dada la tan manida afirmación de que las ideas son elementos desprotegidos, de libre

<sup>111</sup> Vid. a este respecto R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, p. 293. La doctrina francesa suele referirse a esas otras obras con el apelativo de «*anteriorités*».

<sup>112</sup> Puede verse una aplicación reciente de este esquema de razonamiento en la sentencia penal de la AP de Toledo, de 4 de junio de 1999 [*Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 406 (23.09.1999), Ref. 406/26]. No pudo determinarse que el acusado, para realizar su obra, se hubiese servido de la obra pretendidamente plagiada, siendo así que ambas versaban sobre el mismo tema de estudio, al ser muchas las fuentes de consulta manejadas por aquél.

<sup>113</sup> Vid. R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, p. 292.

circulación, no susceptibles de ser monopolizadas por nadie, lo cual —no me cansaré de decirlo—, si se toma como premisa significaría sencillamente, empleando una terminología muy querida por nuestro Tribunal Supremo, *hacer supuesto de la cuestión*.

## V. RAZONES DE POLÍTICA CULTURAL Y LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS IDEAS

Visto que las complicaciones de índole práctica a la hora de acreditar un supuesto plagio de ideas, no tienen por qué resultar más acusadas de lo que ya de por sí lo son en los procesos por plagio donde está involucrado el aspecto formal de dos obras, queda todavía por sortear un último pero estratégico obstáculo a la posibilidad de proteger las ideas conforme a las normas que regulan la propiedad intelectual : las supuestas razones de política cultural, que aconsejarían en pos de la libertad de expresión, creación, investigación o enseñanza, evitar la construcción en torno a las ideas de un blindaje como sería el proveniente de un derecho de exclusiva.<sup>114</sup>

Por mi parte creo que ninguna otra preocupación estaría menos justificada, que la derivada de pensar que la protección de las ideas por el derecho de autor amenazaría en modo alguno esas libertades, ya que la legislación de propiedad intelectual atestigua desde hace décadas un delicado equilibrio entre la protección de los intereses particulares de los autores, atinentes al escrupuloso respeto de sus derechos, y el interés público en fomentar las ciencias y las artes a través de la más amplia difusión posible de las obras intelectuales.<sup>115</sup> Me atrevería a decir que no hay ninguna rama del ordenamiento jurídico, no ya menos peligrosa, sino en verdad más favorecedora del desarrollo científico y cultural que la legislación sobre propiedad intelectual. Y ello se observa en algunos de sus aspectos estructurales.

---

<sup>114</sup> Así, NORDEMANN suscribe la opinión de que «la idea debería permanecer libre, en interés de la libertad de creación cultural. Se estorbaría demasiado el desarrollo del genio creador o -en el ámbito científico- la libertad de investigación y de enseñanza, si ya el pensamiento básico o la idea resultante de una obra, separada de su concreta configuración, se protegiese, (...)». Vid. W. NORDEMANN, «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, pp. 69-70. Para AMAT LLARI «[l]a protección de la libre circulación de ideas tiene carácter constitucional. El artículo 20.1.a) de la Constitución española de 1978 reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, las ideas y las opiniones por medio de la palabra, la escritura o cualquier otro medio de reproducción, y en ello se ve un medio de garantizar el desarrollo democrático de la sociedad». Vid. M.E. AMAT LLARI, «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 111.

<sup>115</sup> Dice PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO que «la incidencia que tienen las creaciones intelectuales en el desarrollo cultural de la sociedad a la que se dirigen, ha tenido como consecuencia que la regulación jurídica de los derechos atribuidos a los autores haya estado presidida por la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de éstos y los de la sociedad destinataria». Vid. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 594.

En primer lugar la propiedad intelectual se configura como una propiedad de carácter temporal,<sup>116</sup> precisamente para propiciar que los objetos sobre los que se proyecta reviertan íntegramente a la sociedad a la vuelta, a lo sumo, de un par de generaciones.<sup>117</sup> Transcurrido el plazo legal de duración, las obras intelectuales pasan a engrosar el dominio público (vid. primer párrafo del artículo 41 LPI).

En segundo lugar, constante la protección legal de las obras, el legislador se ha cuidado de introducir un nutrido elenco de casos en los que se puede llevar a cabo una utilización libre de las mismas. Estos límites al derecho exclusivo de los autores operan bien en beneficio de libertades fundamentales como pueden ser las de expresión, creación o información,<sup>118</sup> bien a fin de procurar las mayores garantías para el acceso a la cultura del que se habla en el artículo 44 CE.<sup>119</sup>

Si todas estas previsiones no existiesen comprendería que la propuesta de protección de las ideas por el derecho de autor suscitase cierta alarma, pero dada su contemplación en la ley me parece exagerada la insistencia a propósito del peligro en que, con dicha protección, se colocaría al desarrollo científico y cultural. Siendo consecuentes, idénticos argumentos servirían para alertar sobre la protección de las obras mismas —me refiero a sus aspectos expresivos— por medio de un derecho de exclusiva. Así, tener que contar con la autorización del autor de la obra preexistente para realizar —o al menos para explotar— una obra derivada, no cabe duda de que coarta la libertad de creación del segundo

---

<sup>116</sup> Con carácter general establece el artículo 26 LPI que «[L]os derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento».

<sup>117</sup> Según R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «[L]a temporalidad del derecho de autor implica considerar que la misma permite alcanzar un equilibrio adecuado para los intereses contrapuestos en juego. La sociedad tiene interés en fomentar la creación original de carácter intelectual, ya que la misma constituye una fuente de enriquecimiento cultural imprescindible. Ese fomento se articula precisamente a través del reconocimiento del derecho de autor, (...) a cambio de lo cual el autor enriquecerá con su creación el acervo cultural de la sociedad : dando a conocer la obra (para su explotación) primero y, permitiendo así, posteriormente, que la misma pase a ser utilizada libremente por la sociedad (dominio público), una vez extinguida la duración del derecho». Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 567.

<sup>118</sup> Sería el caso, por ejemplo, de límites como los contemplados en los artículos 33.2 (libre reproducción, distribución y comunicación pública de conferencias, alocuciones, informes forenses y obras análogas que se hayan pronunciado en público, siempre que se haga con la finalidad exclusiva de informar sobre la actualidad), 35.1 (reproducción, distribución y comunicación pública, realizadas con finalidad informativa, de obras susceptibles de ser vistas u oídas con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad), o 39 (parodia), todos ellos de la LPI.

<sup>119</sup> Así, el artículo 40 LPI menciona expresamente la posibilidad de ordenar judicialmente la divulgación de una obra póstuma, para el caso de que los derechohabientes del autor ejerciesen su *derecho de inédito* en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 CE, el cual como se sabe contiene el doble mandato, dirigido a los poderes públicos, de promover y tutelar el acceso a la cultura, así como de promover la ciencia y la investigación científica y técnica. Pero además cabría añadir límites como el del artículo 32 LPI (libertad de cita de obras ajenas condicionada, entre otras cosas, a que se realice con fines docentes o de investigación) o el del artículo 37 LPI (libre reproducción de obras con fines de investigación en instituciones -preferentemente públicas- tales como museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas o archivos, y distribución mediante préstamo en esas mismas instituciones).

autor, por lo tanto habría que abogar por eliminar esa necesidad de autorización.<sup>120</sup> Y lo mismo se podría decir, en puridad, del consentimiento del autor para llevar a cabo cualquier explotación de su obra : el editor es un difusor de la cultura y del conocimiento, ¿por qué obligarle entonces al engorroso trance de tener que pagar derechos de autor por las obras que edita? Lo que trato de subrayar, más allá de estas reducciones al absurdo, es que un excesivo acento puesto sobre las razones de política cultural, podría dar al traste con el difícil equilibrio en que se sostiene la regulación sobre derecho de autor, y provocar el vencimiento de todo el sistema.

En lo que sí podría estar de acuerdo es en que, en su caso, se reforzasen esos mecanismos —límites y duración legal de los derechos de autor— que, dentro de la normativa sobre propiedad intelectual, sirven para que el interés general en la utilización lo más libre y lo más extensamente posible de las obras, se vea compensado frente al interés particular, de signo opuesto, de los autores. De este modo la protección de las ideas, principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos, podría organizarse bajo los mismos parámetros que rigen la propiedad intelectual de los autores de obras literarias, artísticas o científicas, si bien se vería condicionada por el establecimiento de límites específicos que, de manera acusada, hicieran decaer la intensidad de la exclusiva reconocida a favor de sus creadores. Como medida alternativa o cumulativa con respecto a la anterior, podría establecerse un periodo de protección legal menos extenso, que aproximase las ideas, principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos, a la clase de objetos que reciben el reconocimiento de un derecho conexo al de autor, si bien esta aproximación a los objetos que resultan protegidos a través de los derechos reconocidos en el Libro II de la LPI, me parece menos plausible en la medida en que, como me he afanado en sostener, considero que las ideas pueden —y deben, si se aspira a que reciban protección por medio de un derecho de exclusiva— ser originales, cualidad ésta —la de la originalidad— que por definición está ausente en todos los objetos que son merecedores de un derecho conexo al de autor.

En relación con la primera de las medidas mencionadas, es un hecho perfectamente constatable que en nuestra actual legislación sobre derecho de autor, no sólo hay límites singularmente concebidos para determinadas categorías de obras,<sup>121</sup> sino que puede encontrarse alguno dirigido expresamente a salva-

---

<sup>120</sup> A semejante (y absurda) conclusión se podría llegar sin demasiado esfuerzo, siguiendo el siguiente razonamiento de AMAT LLARI : «[E] autor, cuando plasma una idea renuncia al menos de momento a seguir desarrollándola, (...) ; si no permitimos su utilización libre estamos limitando la creación intelectual. La copia de una obra nada aporta a la sociedad porque no se desenvuelve la idea en otros sentidos, no supone un esfuerzo creativo. Por el contrario el desarrollo de una idea, concebida por otro con una forma diferente, supone una nueva creación que debe protegerse». Hágase la prueba de sustituir en el texto anterior la palabra «idea» por «forma expresiva» y se comprobará que exactamente las mismas razones aducidas para desproteger las ideas frente a ulteriores desarrollos de las mismas a cargo de otros autores, pueden servir para establecer la desprotección de la forma expresiva de una obra frente a ulteriores transformaciones creativas de la misma.

<sup>121</sup> Por ejemplo el del artículo 38 LPI, que sólo afecta a las obras musicales.

guardar la libertad de utilización de lo que constituyen ideas y principios implícitos en el discurso expresivo de una obra. Lo cual, dicho sea de paso, redundaría en la tesis de que el sistema de derecho de autor no es tan ajeno como pudiera pensarse a la posibilidad de proteger las ideas.

En concreto estoy pensando en el límite a los derechos de explotación de los programas de ordenador contemplado en el artículo 100.3 LPI. Merece la pena transcribir ese precepto a tenor del cual «[e]l usuario legítimo de la copia de un programa estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer». Obviamente, si las ideas y principios a que se refiere esta norma careciesen en absoluto de protección, no tendría sentido configurar su libre utilización como un límite a los derechos de explotación sobre el programa. Tal y como yo lo entiendo, del precepto transcrito se deduciría *a contrario* que las ideas y principios implícitos en cualquier elemento de un programa de ordenador están protegidos por el derecho de autor, y a ellos alcanza el derecho exclusivo del titular del programa a explotarlos, *mientras el usuario legítimo de una copia del mismo no los llegue a determinar durante alguna de las operaciones específicamente mencionadas*.<sup>122</sup>

A propósito de la instauración de un plazo de duración menor, naturalmente *de lege ferenda*, para los derechos de propiedad intelectual que hipotéticamente se llegasen a reconocer sobre las ideas, principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos, estimo —más allá de la objeción de fondo señalada SUPRA— que sería un mal menor para todos aquéllos que aspiran a ver reconocido un monopolio de explotación sobre alguno de tales objetos fruto de su creación. En efecto, no parece de recibo que el sujeto que dispara una cámara fotográfica, sin ni siquiera obtener con ello un resultado original, sea *premiado* conforme al artículo 128 LPI con el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública por un periodo de 25 años, contados desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha de su realización, y que en cambio quienes conciben una genial idea publicitaria, un revolucionario método de gestión con aplicaciones empresariales, o un original concurso televisivo, se vean privados de una protección equivalente. Aunque se rebajase al mínimo el periodo legal de duración de su monopolio, me parece que estos sujetos merecen la asignación a su favor de un derecho de exclusiva.

En último extremo me parece inconsecuente mantener una postura contraria a la protección de las ideas, principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos, a través de las normas que disciplinan la propiedad intelectual, por con-

<sup>122</sup> Es así como creo que hay que interpretar lo establecido en el artículo 96.4 LPI, en virtud del cual «[N]o estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente Ley las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces».

siderar que dicha protección resultaría distorsionadora de los principios que rigen esta rama del ordenamiento, si al mismo tiempo se permanece impasible ante situaciones que resultan igualmente anómalas de acuerdo con esos mismos principios. Me refiero a casos como la protección por el derecho de autor de los programas de ordenador (artículos 95 a 104 LPI), o al reconocimiento en una ley sobre propiedad intelectual del llamado derecho *sui generis* sobre las bases de datos (artículos 133 a 137 LPI).

Por lo que se refiere a los programas de ordenador no hay más que ver que la propia Ley los define (artículo 96.1 LPI) como «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, (...)», lo que desde mi punto de vista no les sitúa muy lejos de lo que cabría considerar un método o un procedimiento, con la diferencia —insustancial a los efectos de protección— de que mientras en el caso del *software* las instrucciones tienen como destinatario al propio ordenador, en la medida en que sólo a través de él puede realizarse la tarea u obtenerse el resultado para los que se concibieron, tratándose de un método o procedimiento convencionales, las instrucciones van dirigidas siempre a una persona física.

La razón de que los programas de ordenador resulten actualmente protegidos de acuerdo con las normas que disciplinan los derechos de autor responde, como es notorio, a la intensa campaña de presión orquestada en su día por los poderosos *lobbies* empresariales que operan en el sector de la informática, particularmente a raíz de la comercialización masiva de ordenadores personales y del consiguiente *software* de aplicación estándar.<sup>123</sup> Entonces no se pudo o no se quiso contrarrestar su empuje a fin de evitar que semejantes objetos, tan alejados de lo que tradicionalmente había venido constituyendo el objeto de protección de los derechos de autor, se instalasen en el seno de la citada normativa, con las serias distorsiones que sin duda ello habría de acarrear para el conjunto del sistema.<sup>124</sup>

Algo similar podría decirse acerca del derecho *sui generis* sobre las bases de datos, esta vez configurado en el Título VIII de la Ley a modo de una suerte de derecho conexo al de autor.<sup>125</sup> Según el artículo 133.1 LPI, «[E]l derecho *sui generis* sobre una base de datos protege la inversión sustancial, evaluada cua-

---

<sup>123</sup> Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 1346.

<sup>124</sup> La acusación está implícita en las palabras de DESJEU: «[L]a loi protège le logiciel par le droit d'auteur car il vaut de l'argent et en outre relève de l'activité intellectuelle. C'est une extension de la protection au delà de la notion traditionnelle du droit d'auteur». Vid. X. DESJEU, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 161.

<sup>125</sup> En rigor, tanto la Ley española como la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, se abstienen de configurar formalmente el derecho *sui generis* sobre las bases de datos como un derecho más de propiedad intelectual, ni siquiera afín o conexo al de autor, si bien, como advierte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, su contenido -prohibir o no la extracción o reutilización del contenido de una base de datos- revela que nos encontramos ante

litativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido». Como revela la lectura de este precepto, no es ya sólo que, sin el menor empacho, se haya ubicado en el marco de la legislación sobre propiedad intelectual una previsión que presenta claras reminiscencias con la norma que, en sede de competencia desleal, sanciona el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno,<sup>126</sup> sino que además se alude expresamente al *contenido* de la base de datos como elemento que constituye el objeto de la protección.

Estos ejemplos demuestran que, en el fondo, los pilares sobre los que se apoya la regulación de la propiedad intelectual poseen un grado de ductilidad más alto de lo que a primera vista pudiera parecer. Lo que sucede es que, normalmente, detrás de la protección de una idea, un principio, una teoría, un procedimiento, un sistema o un método originales, no está el interés de las grandes corporaciones de la comunicación y la información, sino el de sujetos particulares, ideadores, que difícilmente pueden hacer valer su posición frente a interlocutores más poderosos que ellos. Se entiende, pues, que los agentes con capacidad para orientar los procesos legislativos de los diferentes ordenamientos, difícilmente vayan a recibir un impulso tendente a articular una protección eficaz a favor de los ideadores, sino más bien al contrario, encaminado a asegurar a los grandes operadores del mercado de bienes intelectuales las máximas facilidades para hacerse con el control de cualquier idea susceptible de procurarles un rendimiento económico.

---

un derecho absoluto o de exclusiva, que hace que *de facto* pueda hablarse de él como un auténtico derecho vecino, afín o conexo al de autor. Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección jurídica de las bases de datos», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 1 (enero-abril 1999), pp. 35, 37 y 41.

<sup>126</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección jurídica de las bases de datos», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 1 (enero-abril 1999), p. 40, recuerda que para algunos autores «el derecho *sui generis* se encuentra a mitad de camino entre la protección contra la competencia desleal y la protección del derecho de autor».