

LA MUERTE JUEGA AL GIN RUMMY (LA PARODIA EN EL DERECHO DE AUTOR Y DE MARCAS)

Por Antonio B. PERDICES HUETOS
Profesor titular de Derecho Mercantil
Universidad Pública de Navarra

«El humor es la prueba de resistencia de las cosas serias: lo que no puede resistir al humor descansa sobre bases demasiado débiles»¹

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA RACIONALIDAD UNITARIA DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL. II. LA NOCIÓN JURÍDICA DE PARODIA. III. LA PARODIA EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. IV. LA PARODIA DE LA MARCA. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

La parodia ha sido desde la antigüedad clásica una de las más practicadas formas de estilo literario. El parodista, con plena libertad, tomaba estilo, personajes, trama e incluso derechamente la obra ajena para contrahacerlos, deformarlos y conseguir una crítica divertida —o si se quiere, una diversión crítica— de la obra original y de lo que esa obra significaba en su contexto social o cultural. El parodista, como el bufón en la corte, tenía todo el derecho a decir cuanto se le pasase por la cabeza a propósito de lo dicho por otro, zahiriendo con su ingenio el orgullo de los cortesanos aduladores o petulantes. La aparición del derecho de autor como una institución de derecho positivo en el siglo XIX y su consolidación y desarrollo en el XX se enfrentó de diverso modo con este género, bien reconociéndolo implícitamente dentro de los usos admisibles de una obra —«*Fair use*» en los Estados Unidos, «*Freie Benutzung*» en Alemania, etc.—, bien regulándola explícitamente —Francia, España, Portugal, etc.—, aunque sin nunca dar una definición del mismo². Y si eso lo hicieron a malapena las leyes de autor, menos se le planteó el problema al legislador a la hora

¹ La cita es del diario de Hebbel, y la reproduce J. KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschütz*, Mannheim, 1892, pp. 112 ss., y de éste la recoge G. LUSTIG, *La parodia nel diritto e nell'arte. Causa d'Annunzio-Scarpetta*, Napoli, 1908, p. 56.

² Para un análisis histórico y etimológico de la parodia, lo que desbordaría la finalidad de este trabajo, nos remitimos a dos obras, la primera de crítica literaria y la segunda jurídica; v., M.A. ROSE, *Parody: ancient, modern and postmodern*, Cambridge, 1993, pp. 5 ss., y a G. HESS, *Urheberrechtsprobleme der Parodie*, (UFITA Schriftenreihe), Baden-Baden, 1993, pp. 63 ss. Una exposición comparada, aunque ya un tanto anticuada, de los diversos sistemas se puede ver en E. HEFTI, *Die Parodie mi Urheberrecht*, Berlin, 1977, pp. 3-60.

de regular la propiedad industrial y en concreto las marcas y sus campañas publicitarias, que a mediados de este siglo se han revelado de una potencialidad paródica inmensa, desbancando incluso en el punto de mira del parodista, del crítico y del comentarista a las obras propia o estrictamente artísticas. Ciertamente, el tema merece un tratamiento mucho más profundo que el que aquí se ofrece, como lo muestra la literatura y la litigiosidad al respecto en otros ordenamientos; entre nosotros aún no es así, pero todo apunta a que lo acabe siendo. De ahí esta contribución y primera aproximación a su estudio.

I. LA RACIONALIDAD UNITARIA DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

1. La racionalidad económica de la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial radica en el carácter de *bien público* que tienen una expresión estética o una nueva idea de aplicación industrial. Ese carácter de bien público viene dado precisamente por la imposibilidad del creador de expresiones estéticas o de ideas de aplicación industrial de evitar su uso por parte de otros por simples vías de exclusión física, como en el caso de los derechos reales sobre bienes tangibles³. Eso impide que existan intercambios eficientes en el mercado, ya que, por un lado, nadie está dispuesto a pagar por algo que puede conseguir gratis y a su entera satisfacción; y, por otro lado, pone en peligro la creación de esos bienes, ya que si no se asegura al autor o al inventor la exclusividad de su obra o invento, parece claro que no tendrán incentivo alguno en invertir en crear unos bienes que pueden ser utilizados gratis por cualquiera. De ahí que, ante este fallo del mercado, deba ser la Ley quien establezca derechos de exclusiva sobre estos bienes en orden a proteger su integridad frente a los intentos de apropiación del esfuerzo ajeno creador de una canción, un libro o un invento⁴. No obstante, y supuesto que la comunidad tiene un interés en el acceso a esos bienes, las leyes vienen a prever límites a los derechos de exclusiva de autores o inventores; tal es el caso en general de los llamados usos autorizados y, en particular, de la parodia. La doctrina anterior es sobradamente conocida en relación a los derechos de autor y las patentes y no me-

³ Los autores e inventores producen bienes públicos, de ahí el peligro de que los mismos no obtengan de ellos suficientes ingresos que les motiven a crearlos o a investigar más; para solucionar ese fallo del mercado, la ley interviene creando a su favor derechos de exclusiva sobre sus creaciones. Sobre la noción de bien público, de cuyo disfrute nadie puede ser excluido y del cual todos pueden simultáneamente usar a entera satisfacción, v., por todos, R.POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5.ª ed., New York, 1998, p. 567 y R.COOTER/T.LANDES, *Law & Economics*, Illinois, 1988, pp. 108-112 [hay traducción de ambos al español]. El ejemplo clásico es la defensa nacional: nadie puede ser privado de ella aunque no pague sus impuestos, y por tanto, quien se beneficie de ella sin pagarla será un gorrón.

⁴ A propósito del derecho de autor, v., esta argumentación en W.J.GORDON, «Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors», *Columbia L. Rev.*, vol. 82, 1982, pp. 1600 ss., p. 1611; W.M.LANDES/ R.A.POSNER, «An Economic Analysis of Copyright Law», *Journal of Legal Studies*, vol. XVIII, June 1989, pp. 325 ss., y más recientemente en A.P. WINSLOW, «Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody and Campbell v. Acuff-Rose Music. Inc.», *Southern California Law Review.*, vol. 69, n.º 2, Jan. 1996, pp. 767 ss., pp. 772 ss.

rece que nos detengamos más en ella; sin embargo, tal vez pueda ser más chocante y merecer algo más de tratamiento el intentar extender a las marcas la racionalidad y calificación de bienes públicos⁵.

2. En este último sentido, y como explicación del párrafo precedente, creemos poder afirmar que *las marcas comparten una racionalidad semejante* en su protección con las patentes y los derechos de autor. En efecto, a nuestro juicio, es clara ya desde hace tiempo la obsolescencia de considerar la función de la marca como meramente indicativa del origen o la propiedad de un producto. Reconocer el propio producto en caso de su sustracción o responder de los daños que haya podido causar es más propio de la marca de una res que de la marca de un producto deportivo, de un perfume o de un automóvil⁶. Basta revisar cualquier libro o manual de marketing al uso para descubrir que la función primordial de la marca ha dejado de ser la de indicar el origen de una prestación para cumplir una básica función informativa por vía de monopolizar la reputación de una empresa y las inversiones que en ella se hacen: «*no name, no gain*»⁷. En consecuencia, cada vez más se afirma por la doctrina y se reconoce legalmente la protección del valor informacional de la marca frente a usos no confusorios, siendo un primer paso, aunque tímido, en este sentido la noción de «marca renombrada»⁸. No son objeciones a este tratamiento uni-

⁵ Así, por ejemplo, la jurisprudencia americana, una de las más ricas en la materia, declaró en su día que a pesar de notar el estrecho parentesco entre el derecho de autor y el de patentes, se debe rechazar que una similar relación exista entre el derecho de autor y el derecho de marcas, ya que este último se resolvía simplemente en evitar la confusión, frente a la protección mayor que a la obra dispensaba el derecho de autor 464 U.S. 417 (1984), cit. R.J. SHAUGHNESSY, «Trademark Parody: a Fair Use and First Amendment Analysis», *Virginia Law Review*, vol. 72, n.º 6, Sept. 1986, pp. 1076 ss., p.1101, nota 119., sin embargo, la expansión de los estatutos antidilución y la promulgación de la Federal Trademark Antidilution Act» han aproximado sensiblemente estos dos ámbitos, hasta el punto de que, en los Estados Unidos, se considera hoy mayor la protección de una marca que la de una obra literaria; v., L.J. OSWALD, «Tarnishment and Blurring Under the Federal Trademark Dilution Act of 1995», *American Business Law Journal*, vol. 36, n.º 2, 1999, pp. 255 ss., pp. 261-262: «*The dilution cause of action is thus similar to the tort of trespass of property*».

⁶ Esas son las dos raíces históricas de las marcas: la «proprietary mark», propia del comerciante, y la «regulatory production mark», propia del productor; v., F.I. SCHECTER, «The Rational Basis of Trademark Protection», *Harvard L.Rev.*, vol. XL, 1926-1927, pp. 813 ss., p. 814. Así, por ejemplo, trazas de la segunda se encuentran en la Ley de marcas de la República Democrática Alemana obligaba a marcar los productos de tal modo que se pudiese reconocer su procedencia (art. 3 WKG, 30-XI-1984). Y sin embargo, como se puede leer en el diario «Expansión», 6-III-1999, las marcas con futuro son las que representan conceptos —libertad, salud, etc.—, no artículos; las marcas basadas en productos están empujando a quedar desfasadas.

⁷ V., p.ej., trabajos clásicos en el mundo de la publicidad y la creación y gestión de marcas, como J.J. PHILIP, *What's in a Name?*, New York, et al., 1986; P. Southgate, *Total Branding by Desing*, London, 1994; L. BASSAT, *El libro rojo de la publicidad*, Barcelona, 1994; id., *El libro rojo de las marcas*, Barcelona, 1999; A. DAVID, *Cómo gestionar una marca*, Barcelona, 1994; C.MACRAE, *World Class Brands*, Londres, 1991; J.-N. KAPFERER, *Strategic Brand Management*, Londres, 2.ª ed., 1997; W.J.KE-EGAN, *Global Marketing Management*, New Jersey, 1995, etc. La marca «Marlboro» está valorada en 44.6 miles de millones de dólares, «Coca-cola» en 43.4 miles de millones y «McDonalds» en 18.9 miles de millones [tomado de OSWALD, *American Business Law Journal*, vol. 36, n.º 2, 1999, p. 256].

⁸ Esta idea no es en absoluto nueva; así, ya en 1927 la promovía SCHECTER, *Harvard L.Rev.*, vol. XL, 1926-1927, pp. 813 ss., p. 819: «Hoy, la marca no es simplemente el símbolo de un bien, sino a menudo el más efectivo medio para la creación de reputación, infundiendo en la mentalidad del público una garantía anónima e impersonal de satisfacción y creando el deseo de una ul-

tario ni, de un lado, la diversa forma de adquisición del derecho (a); ni, de otro, su diferente plazo de vigencia (b); ni siquiera el que la doctrina de los usos autorizados o los límites a los derechos de exclusión parezca fallar en el caso de la marca, pues aun en este supuesto resulta de aplicación como se verá especialmente a la hora de valorar el juicio de la parodia de la marca (c).

a) Una de las diferencias de la marca respecto a los anteriores supuestos es que la adquisición del derecho no es el resultado del esfuerzo invertido. En efecto, a diferencia del libro o el invento, que se adquieren como consecuencia del éxito de las inversiones en tiempo y en dinero realizadas en ellos, la marca se adquiere *ex ante*, vacía de valor, y a partir de ahí comienza la tarea de su titular de llenarla de reputación, aglutinando inversiones en publicidad, en promoción, en la mejora de la calidad del producto, etc. Y eso con independencia del coste y la inversión que supone la labor intelectual de crear el signo que constituye la marca y los derechos que eso genera —piénsese en la contratación al efecto de un prestigioso diseñador o dibujante—. Esa inversión sería valorativamente equivalente a la que se hace para promocionar un libro: en ambos casos se trata de inversiones secundarias a las que verdaderamente dan valor a un libro o a una marca. Así, marcas desconocidas hace muy poco, gracias a eficaces campañas de imagen y promoción y, por qué no, a la propia calidad del producto marcado, llegan a adquirir esa carga reputacional en poco tiempo. Es entonces cuando la marca adquiere valor y cuando, por ello, aparece un mercado para la misma, resultando económicamente concebibles su transmisión o la concesión de licencias. Pues bien, si bien se mira, la diferencia entre ambos casos radica sólo en las circunstancias intrínsecas de sendos procesos de creación. El secreto es consustancial a los procesos de creación intelectual, y por tanto mientras dura ese proceso de resultado incierto la Ley confía al creador el cuidado de vigilar que no se descubra protegiéndole por la vía del secreto industrial. Por el contrario, en el caso de la creación de reputación, lo consustancial es la publicidad, y en ese sentido, sólo se puede promover la creación de reputación si se asegura *ab initio* que el signo sobre el que va a acumular el renombre pertenece exclusivamente y de antemano a su promotor.

b) Precipitado de lo anterior es otra de las características peculiares de estos derechos: la de su duración. Mientras que la duración de los derechos de autor y de patente son limitados en el tiempo, la de la marca es ilimitada⁹. Eso es así, a nuestro juicio, porque en el primer caso la inversión se agota con la adquisición del derecho y, a partir de ese momento, hay un interés público en el libre acceso a esos bienes que pugna con la obtención de las rentas del inventor o del autor. En el caso de la marca la situación es diversa, dada la finalidad económica de la marca; a saber, proporcionar información rápida al consumidor. En este caso, la inversión en publicidad y calidad es potencialmente indefinida y susceptible de crecer, siendo precisamente el interés públi-

terior satisfacción». Precisamente, como indica OSWALD, *American Business Law Journal*, vol. 36, n.º 2, 1999, p. 265, ese artículo marca el comienzo de la doctrina de la dilución, plasmada por primera vez en el Estatuto de Massachusetts de 1947.

⁹ Sobre la racionalidad de la duración de estos derechos, v., POSNER, *Economic Analysis*⁵, p. 50, M.LANDES/R.A.POSNER, «Trademark Law; an economic perspective», *Journal of Law and Economics*, vol. 30, 1987, pp. 265 ss., etc.

co no el de permitir el libre acceso a esa reputación acumulada, sino precisamente el de asegurar su favorecimiento y con ello la calidad de información y el ahorro que proporciona la marca a la hora de verificar una transacción¹⁰. Eso se refuerza teniendo en cuenta que estas inversiones en la marca son especialmente deseables, ya que hacen al empresario rehén de las mismas. Si se bajase la calidad del producto marcado o se engañase de cualquier modo al consumidor, el empresario perdería la totalidad de la inversión. Quien invierte en una marca tiene un poderoso incentivo para mantener su calidad. El estado, en consecuencia, protege esas inversiones con una regla de propiedad indefinida.

c) Más complejo resulta ver en las marcas la teoría de los límites al derecho de exclusión de su titular; en efecto, no parece justificable un interés público en participar de la reputación que en ellas ha logrado generar o acumular su titular. Por el contrario, con el tiempo se pone más de manifiesto la legitimidad de esa exclusión, y así se ha generado la doctrina de la marca renombrada, que protege la carga reputacional del signo más allá de la mera evitación de la confusión a la que lleva la aplicación del cada vez más obsoleto principio de especialidad marcario¹¹. Sólo muy limitadamente se admite un uso legítimo de la marca de otro cuando se hace lealmente, de buena fe y sin finalidad marcaria, uso justificado por la necesidad de aportar información al mercado (art. 33 LM). Ahora bien, aun admitiendo lo anterior, es forzoso reconocer que las marcas, especialmente las reputadas, no son un simple medio de acumular reputación o de identificar productos; a menudo trascienden ese papel deviniendo un producto social y llegando a representar en una sociedad un papel simbólico de relevancia. En ese sentido, en cuanto símbolos no ya de un producto o línea de productos sino de un estilo de vida, de una sociedad o de una forma de entender el mundo, las marcas no pueden excluir el uso crítico, no necesariamente paródico, que se haga de ellas. La marca entra en el acervo cultural y artístico de un pueblo y no puede serle sustraída sin por ello atacar la libertad de expresión de ese mismo pueblo en relación con la realidad que le rodea. Sobre este punto tendremos ocasión de extendernos precisamente a propósito de la parodia de la marca *infra* IV.

En consecuencia, como creemos percibir, y a pesar de sus peculiaridades en materia de duración y usos admitidos, la protección de la marca responde económicamente a la misma racionalidad que los derechos de propiedad intelectual y de patentes: a saber, impedir que un «free rider», un gorrón, copiando o imitando la marca, pueda aprovecharse del riesgo asumido y las inversiones re-

¹⁰ V., p.ej., las observaciones en ese sentido de POSNER, *Economic Analysis*⁵, p. 404.

¹¹ Baste al efecto referirnos a la monografía de M. MONTEAGUDO, *La marca renombrada*, Madrid, 1995 y a la exhaustiva recopilación de sentencias alemanas y estadounidenses sobre la materia en B. ZOLLNER, *Der Schutz berühmter Marken gegen Verwässerung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin, 1996. Precisamente en los supuestos de marca renombrada es donde tiene su origen la práctica americana de los «Antidilution statutes». Como muestra del interés al respecto se puede citar la constitución el 14-VII-1999 del «Foro de marcas renombradas de España», agrupando a empresas con facturación conjunta superior al billón de pesetas.

alizadas hasta el momento por su titular y pueda, en consecuencia, desincentivar las futuras. De ahí que cada vez más sea generalmente reconocida la protección por vía del derecho de marcas de esa carga reputacional más allá de los simples ataques confusorios, y de ahí igualmente que se vayan acercando cada vez más esas regulaciones¹². Hoy por hoy, se puede decir sin excesivo riesgo que las expectativas de los empresarios que registran una marca se acercan más a la protección que ofrece la Ley de Propiedad Intelectual que a la que ofrecen las Leyes de Marcas y Competencia Desleal; es decir, que la marca es hoy en la vida diaria el signo o medio con que un empresario identifica en el mercado sus propios productos, y sobre ese signo desea tener un monopolio exclusivo.

3. Entre nosotros, sin embargo, nuestro derecho de marcas todavía no ha acabado de asumir ese relativamente nuevo papel y, a diferencia de los que sucede en Alemania con su nuevo tratamiento de la marca renombrada o, especialmente en Estados Unidos a través de su tratamiento de la dilución, continúa sin proteger la marca en cuanto aglutinadora de la reputación y las inversiones realizadas en ella por su titular¹³. El derecho de marcas entre nosotros contempla impotente como se aplica una marca ya conocida a productos en los que ni se pudo pensar —bicicletas Kodak— o se aplica a productos de baja calidad o dudoso gusto —preservativos Pirelli—. Salvo supuestos marginales y de forma poco coherente (art. 13 c LM), sólo se activa el derecho de marcas para salvaguardar su eficacia distintiva, lo que en lógica sólo procede en relación con productos o servicios idénticos o similares¹⁴. Para superar el principio de especialidad hay que acudir a un sector diverso del derecho de la competencia, el derecho de la competencia desleal, y más concretamente al tipo del aprovechamiento indebido de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado (art. 12 LCD) o a la denigración (art. 9 LCD). Así, en nuestro derecho, el titular del derecho de marca puede prohibir a través del derecho de marcas, usos confusorios, pero no usos que diluyan la marca o disminuyan su reputación. Sea como fuere, lo cierto es que combinando la Ley de Marcas con la Ley de Competencia Desleal, un empresario puede obtener para su marca una protección muy cercana a la que concedería un «copyright» sobre la marca.

¹² No en vano, SHAUGHNESSY, *Virginia L. Rev.*, vol. 72, n.º 6, Sept 1986, pp. 1076 ss., p.1102, indica precisamente como el efecto de los «antidilution statutes» es *de facto*, otorgar al titular del derecho de marca un *copyright* sobre la misma.

¹³ A diferencia, por ejemplo, de Alemania —art. 14 MarkenG 1994—, Suiza —art. 15 MschG 1992—, o, especialmente, de los Estados Unidos, donde casi la mitad de los estados han promulgado estatutos en contra de la dilución o el desdoro de la marca [v., SHAUGHNESSY, *Vir. L. Rew.*, vol 72, n.º 6, 1986, p. 1087 y MONTEAGUDO, *Marca renombrada*, pp. 124 ss.] y donde con ese objeto y alcance nacional está en vigor desde el 16-I-1996 la «Federal Trademark Dilution Act», en el § 43 (c) de la «Lanham Act» para combatir el «*Blurring*» o pérdida de fuerza distintiva de la marca y el «*Tarnishment*» o desdoro de la misma; en general, recientemente, v., OSWALD, *American Business Law Journal*, vol. 36, n.º 2, 1999, pp. 255 ss.

¹⁴ No es necesario recordar la insatisfactoria regulación del art. 13 c LM en relación a la marca renombrada.v., MONTEAGUDO, *Marca renombrada*, pp. 247 ss.

4. La cuestión que nos planteamos a continuación es si en esa protección se debe permitir el uso paródico de la marca o no, especialmente a la vista de que en uno de los sectores apenas vistos, el de la propiedad intelectual, la parodia es un límite al *ius prohibendi* del titular. ¿Cabe decir lo mismo en el derecho de los signos distintivos y de la propiedad industrial? Y como cuestión lógicamente previa y por cierto en absoluto clara se debe tratar una cuestión propia del derecho de autor; a saber, ¿cuáles son los principios que rigen la admisibilidad de la parodia en la Ley de Propiedad Intelectual; en concreto, cómo se interpreta el art. 39 LPI?. En consecuencia y a continuación se considerará la parodia en el ámbito de la propiedad intelectual, estudiando su concepto (II) y su regulación (III) y, a la luz de los resultados, se considerará su aplicabilidad a la parodia de la propiedad industrial (IV).

II. LA NOCIÓN JURÍDICA DE PARODIA

Parece en primer término que la noción de parodia es extrajurídica y es la crítica literaria quien debe en principio darnos una definición. La tarea resulta *a priori* agotadora, desde el momento en que no sólo distinguir la parodia de las formas literarias vecinas resulta agotador —pastiche, burlesco, travesti, peko-ral, contrafacción, sátira, ironía, etc.—¹⁵; sino que la crítica distingue subespecies dentro de la parodia —crítica, de agitación o artística—¹⁶, e incluso considera de género paródico obras que difícilmente calificaríamos de tales desde un punto de vista legal¹⁷. De ahí que, sin escamotear esos problemas, y a efectos del derecho de autor, se deba construir una categoría propia de parodia. Y ahí es donde se presenta el segundo problema: salvo que se quiera permitir so capa de la alegación de parodia un expolio de los derechos de autor, será claro que si la definición de parodia es muy amplia, se estará inclinado a restringir su admisibilidad; y por el contrario, si es muy estrecha, su admisibilidad en línea de principio será tendencialmente más generosa: un mismo resultado ra-

¹⁵ V., el exhaustivo intento de distinción de esas y otras formas literarias en ROSE, *Parody*, pp. 54 ss. En España es de interés el trabajo de F. IÑIGUEZ BARRENA, *La parodia dramática. Naturaleza y técnicas*, Sevilla, 1995. No obstante, lo intenta en el terreno jurídico HESS, *Uhreberrechtsprobleme*, pp. 94 ss., p. 104: cuando lo parodiado son costumbres el término que mejor cuadra es sátira, caricatura cuando lo son propiedades personales, pastiche cuando lo parodiado en un estilo, contrafacturas cuando las sedicentes parodias no son antitemáticas, es decir, cuando no tienen que ver con el objeto parodiado. Igualmente en Francia se han ocupado doctrina y jurisprudencia de esta diferenciación; v., A. FRANÇON, «Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires», *Le droit d'auteur*, vol 101, 1988, pp. 302 ss. p. 302, nota 1. Más adelante veremos la relevancia de estas distinciones.

¹⁶ Clasificación de A. LIEDE, voz *Parodie*, en *Reallexicon der deutschen Literaturgeschichte*, 2.^a ed., vol.3, Berlin, 1977, pp. 12 ss., pp. 49 ss., si bien la falta de acuerdo se puede ver en que en la primera edición de esa obra (1926/1928) H. Grellmann sólo admitía, siguiendo a Lehmann, una división de parodia en crítica y cómica —por cierto, como luego se verá, correspondiente a la POSNER hace entre parodia «target» y parodia «weapon». En realidad, como apunta D'Israeli, el variable carácter de la naturaleza humana determina lo variable de la finalidad de la parodia. Se puede decir que la parodia guarda una relación ambivalente con su objeto, como hace ROSE, *Parody*, p. 47.

¹⁷ Caso por ejemplo de los formalistas rusos, que consideran paródicas obras como Don Quijote, Tristram Shandy o el Ulises de Joyce, cosa que desde los textos legales difícilmente cuadra, como tendremos ocasión de ver; v., ROSE, *Parody*, pp. 103 ss.

zonable con puntos de partida diversos¹⁸. Entre nosotros, el punto de partida es la admisibilidad genérica de la parodia (art. 39 LPI, como en el caso del art. 41.4 LPI francesa); de ahí que, en principio, la definición que de la misma se haya de dar deba ser extraordinariamente cuidadosa para evitar simples violaciones de los derechos de autor travestidas de sedicentes parodias¹⁹. De ese modo, no todo lo que se califica de parodia en lenguaje vulgar o no jurídico cabrá en el art. 39 LPI; lo que en la calle pueden ser parodias, para el derecho puede que no sean más que transformaciones inautorizadas y por ello prohibidas. Como la propia crítica literaria se ha encargado de decir, sólo el legislador precisa de una frontera exacta entre la parodia y el plagio para proteger los derechos de autor y ahí es dónde pretendemos llegar²⁰.

Así las cosas, y supuesto lo anterior, el art. 39 LPI permite entre nosotros la parodia resolviendo la inseguridad jurídica existente en otros ordenamientos acerca de su licitud o no²¹. A continuación nos preguntamos el porqué (1) y en consecuencia, y atendiendo a esa justificación avanzamos un concepto de parodia a los efectos del art. 39 LPI, lo que supondrá limitar y reducir su alcance (2), despejando por último las dudas que desde la alegación de la libertad de expresión cupiesen hacerse a este concepto que ya avanzamos no es excesivamente generoso (3).

1. La admisibilidad de la parodia; o si se quiere, *cuándo el uso de la parodia está justificado*, se basa en atender a tres datos fundamentales; de un lado, la existencia de un interés público en la divulgación de la parodia (a), en segundo lugar, la improbabilidad de un intercambio voluntario por el que el parodiado diese licencia al parodista para realizar esa obra derivada (b); y en tercer lugar, de eso se desprende que el parodista pueda «expropiar» sin indemnización al parodiado (c). En nuestro ordenamiento estos principios están ínsitos en el general reconocimiento que el art. 39 LPI hace de la parodia, pero no está de más explicitarlos para comprender mejor el porqué de dicha norma.

a) El interés público en la divulgación de parodias radica, no tanto en fomentar la creatividad, sino, y esto es lo que justifica prescindir del consentimiento

¹⁸ V., p.ej., HESS, *Uhreberrechtsprobleme*, p. 21, que se lo plantea precisamente porque en Alemania no hay una norma que admita la parodia en términos generales, sino sólo una norma, el § 24 UrRG, que admite «usos libres» de la obra original.

¹⁹ Semejante es el punto de partida de FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, p. 302: siendo la admisibilidad de la parodia un límite al monopolio del autor sobre su obra, tal límite debe construirse sobre términos estrictos, tal y como corresponde a una excepción. Extremadamente críticos con la admisibilidad genérica de la parodia se manifiestan J.M.RODRIGUEZ TAPIA/F.BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997, p. 193-196.

²⁰ V., M.J.SCHUBERT, «Parody in Thirteenth-Century German Poetry», en *Parody: dimensions and perspectives*, [B. MÜLLER (Ed.)], Amsterdam-Atlanta, 1997, pp. 237 ss., p. 238.

²¹ Esa inseguridad, por ejemplo, resulta especialmente sentida en los Estados Unidos, donde la litigiosidad es inmensa y donde el parodista nunca sabe si el uso que hace será o no considerado como justo; v., las reflexiones de S.L.BURR, «Artistic Parody: a Theoretical Construct», *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 1996, vol. 14, pp. 65 ss., p. 67, o WINSLOW, *South Cal. L. Rev.*, vol. 69, n.º 2, 1996, p. 769, donde ponen de manifiesto la inseguridad de los autores a la hora de crear parodias.

del autor original, en *hacer llegar al público el mayor número posible de críticas u opiniones sobre una obra artística*. El mensaje crítico y su libre expresión constituyen la causa de que se pase por encima del ausente consentimiento del autor. Como se ha podido decir de forma clara, «el ridículo es el medio más eficaz con que cuenta la sociedad para remediar sus rigideces. Explota al pomposo, corrige al excéntrico bienintencionado, enfría al fanático y evita que el incompetente tenga éxito»²². O, en palabras no menos claras, pronunciadas a propósito de uno de los más famosos pleitos por parodia en Italia, «la parodia no puede ser prohibida *a priori* por la ley; proscribirla significaría condenar la propia crítica al ostracismo, ya que tanto la una como la otra tienen una misma finalidad, no menos artística que social, es decir, aquella de estigmatizar las imperfecciones, los errores y las exageraciones de algunas obras, a pesar de que los medios empleados para construir una parodia sean diferentes y más complejos que los utilizados para hacer una obra de crítica»²³. La parodia, en consecuencia, se inserta dinámica y prospectivamente en el proceso creativo, siendo un revulsivo frente a prácticas anteriores y previniendo de cometerlas en el futuro, so pena de que quien las vuelva a cometer esté preparado a ver más de una sonrisa u oír alguna carcajada entre el público. En efecto, como se verá de inmediato, el humor y su pariente el ridículo son el mejor purgante y las mejores y más sutiles armas disuasorias para denunciar en el presente y prevenir en el futuro (v., *infra* 2 b)). Si la parodia es buena y da en el clavo —lo que no siempre es así—, habrá logrado para el futuro depurar los puntos débiles del pasado: el mercado de las formas y los gustos artísticos está en condiciones de valorar parodia y original y extraer las lecciones correspondientes. Eso no obstante, no significa que el parodista deba tener la conciencia y la finalidad subjetiva de criticar; puede simplemente tener la intención de burlarse de la obra de otro. Lo bueno de la parodia es que, objetivamente, logra esa finalidad de crítica con independencia de la finalidad subjetiva de su autor. Así, ciertamente «El jovencito Frankenstein» es una obra que parodia la saga del director J. Whale sobre «Frankenstein», y cualquiera estará en condiciones de decir —una vez que deje de reírse—, que el objetivo de la misma era criticar y denunciar los excesos de las películas de Whale y en general el terror de los años cincuenta —lo que no deja de ser curioso ya que el original es una consciente exageración en sí misma—. Desde luego, esa parodia no ha impedido que Brannagh, con mejor o peor fortuna, haya luego adaptado la novela de M. Shelley en otra versión de «Frankenstein»; tal vez lo que haya impedido —y ese es el punto— es que éste último caiga en la estética del blanco y negro y del ayudante jorobado, ¿quién se atrevería a hacerlo después de «El Jovencito Frankenstein»?

²² V., C. STONE, *Parody*, London, 1914, p. 8., [cit. ROSE, *Parody*, p. 26]; entre nosotros, por todos, G. BERCOVITZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, 1997, p. 421. Otras muchas citas en este sentido recoge HESS, *Urheberrechtsprobleme*, p. 132. En Francia, por todos, v., FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, p. 306, indicando que constituye un aspecto importante de la libertad de crítica.

²³ G. LUSTIG, *La parodia nel diritto e nell'arte. Causa d'Annunzio-Scarpetta*, Napoli, 1908, p. 78. A propósito de este pleito entre d'Annunzio y Scarpetta se pueden consultar, entre otros, A. MUSATTI, «La parodia e il diritto di autore», *Riv. Dir. Comm.*, 1909, pp. 163 ss; L. FERRARA, «La protezione giuridica della parodia», *Giur. It.*, 1909, pp. 11 ss.; S. SIMEONI, *La «Figlia di Jorio» per Gabriele D'Annunzio e la Società Italiana degli Autori*, Napoli, 1907, etc.

b) De lo anterior se desprende la regla de genérica admisibilidad de la parodia sin consentimiento del autor del original, dada la improbabilidad de que pueda existir un intercambio voluntario. Es patente, en efecto, que de mala manera conseguirá el parodista licencia del autor de la original, puesto que el uso que aquél va a hacer de esta última resulta racionalmente contrario a los intereses de su autor²⁴. De ahí que lo que hace la Ley de Propiedad Intelectual en su art. 39 no es sino traducir legalmente lo que ya es la regla en la práctica²⁵. No obstante, intuitivamente, se puede distinguir a este respecto dentro de lo generalmente admitido como parodia dos tipos o clases: de un lado, la parodia que toma como objetivo de su burla o su crítica la obra parodiada, y de otro aquella parodia que, prescindiendo de la expresión o la ideología de la obra de que parte, la usa para otros fines o simplemente para producir un efecto cómico sin más pretensiones (v., *infra* 2 a)). En el primer caso, la posibilidad de que el autor conceda una licencia es altamente improbable, por no decir que es una posibilidad que se puede excluir de antemano, tal y como hace la ley ahorrando incluso el esfuerzo o el coste de pedirla. Por el contrario, en el segundo caso, cuando no se critica la obra que se toma como base de la parodia, esa posibilidad no se debe excluir de antemano y no está justificado el prescindir sea de la posibilidad del autor de obtener un beneficio por vía de licencia o de prohibir usos groseros, obscenos o simplemente no acordes con la mentalidad del autor²⁶.

c) No obstante, y supuesta la existencia de un interés público y la presumible negativa del autor a ser ridiculizado, cabría no obstante el sostener la necesidad de que el parodista satisficiera al parodiado una cantidad equivalente a lo que hubiera supuesto una licencia de sus derechos. Es decir, que si bien el autor original parodiado no puede oponerse a la parodia, tampoco, en principio, parece

²⁴ Así, en general, lo afirma, WINSLOW, *South. Cal. L. Rev.*, vol. 69, n.º 2, 1996, pp. 793 ss y p. 809. Eso, claro, salvo excepciones geniales, como la de Mozart, que se hace una autoparodia en «Don Giovanni», escena decimotercera del segundo acto, cuando el criado de Don Juan canta, cambiando la letra a lo gracioso, la cavatina de la escena segunda del acto primero de «Le nozze di Figaro» —la famosa «Non più andrai...». Posiblemente eso se deba a su genialidad y a su sentido del humor, más austriaco que alemán.

²⁵ Así, p.ej., en el caso *Campell v. Acuff-Rose Music Inc*, 114 S.Ct. 1164 (1994), el grupo de «rap» que parodió la canción «Oh Pretty Woman» de Roy Orbison, ofreció una considerable cantidad a los titulares de los derechos de autor por hacerlo, y estos denegaron en todo caso la licencia para ese uso. El tribunal —a nuestro juicio indebidamente— estimó «uso justificado» el que la banda transformase entonces la canción sin autorización, con pasajes tan memorables como «*Mujer peluda, te tienes que cortar todo eso*». Igualmente, en uno de los pleitos más famosos en Italia en materia de parodia, Scarpetta solicitó el placet de d'Annunzio para parodiar una tragedia de éste, «*La figlia di Jorio*», a lo que, según Scarpetta, d'Annunzio consintió, aunque después éste lo negara; v., al respecto G.LUSTIG, *La parodia nel diritto e nell'arte. Causa D'Annunzio-Scarpetta*, Napoli, 1908, pp. 18-19. Así, R.SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Granada, 1999, p. 493 llega a elevar esta imposibilidad de intercambio voluntario a requisito esencial de la parodia, al sostener que «*sólo puede constituir parodia lícita aquella creación que el autor nunca hubiera aceptado autorizar como posible transformación de su obra*».

²⁶ En contra sostiene POSNER, *Jour. Legal Stud.*, vol. XXI, 1992, p. 71. quien entiende que en el caso de las parodias cómicas o «*weapon parodies*», a diferencia de las críticas o «*target parodies*», el titular de la obra original no tiene motivos para negarse a conceder una licencia. A nuestro juicio es claro que si alguien quiere hacer gracia deformando una tragedia, es mejor que lo haga con la tragedia de otro, no con la mía.

que el parodista pueda «expropiar» al primero por esta vía. Sin embargo, la misma razón anteriormente expuesta abona esta conclusión: el coste de poder parodiar sería excesivo y podría desincentivar la creación y divulgación de críticas valiosas. El parodista dependería del éxito económico de la parodia para poder satisfacer la regalía, lo que de antemano es incierto, fomentando así o bien una prudencia indeseable por su parte, o bien le llevaría a no criticar esa obra creando una distinta, original y, de antemano, más barata. Establecer una suerte de licencia obligatoria sería en ese sentido contrario a la promoción del espíritu crítico que justifica la propia existencia de la parodia como género. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el parodista no toma sin más los elementos de la obra ajena y los incorpora a la propia —en tales casos ni siquiera cabe hablar de obra derivada sino simplemente de copia (v., *infra* 2 c) —; por el contrario, la parodia exige una aportación creativa que excluye la simple toma y reproducción del original. Calcular entonces una cantidad sería manifiestamente complejo. Supuesto lo anterior, tanto el interés en crear crítica como el hecho de que esa crítica es a su vez una creación, parece justificado el sostener que el parodista no deba pagar regalía alguna al parodiado²⁷. (v., *infra*, en extenso, III 3).

2. A la vista de las razones que justifican la admisibilidad de la parodia, creemos que será posible el reconstruir un *concepto de parodia* que, sin renunciar a las aportaciones provenientes del campo de la crítica literaria, se ajuste a las exigencias de nuestra regulación positiva —y, como se verá, no sólo de la nuestra—. Pues bien, al efecto de construir la noción jurídica de parodia se puede tomar como base segura, al existir un cierto consenso en la crítica al respecto, su carácter de «intertextualidad cómica» como elemento común y definidor; es decir, una referencia cómica, graciosa o chocante a otro texto. En ese sentido podríamos avanzar como definición a nuestros efectos que parodia es una variación sobre las ideas y expresiones de otro trabajo, cuya esencia es un contraste humorístico con el original; eso supone copiar de ese original pero en una manera exagerada o distorsionada²⁸. A este respecto se deben aclarar tres

²⁷ A favor de esta especie de licencia forzosa, v., p.ej., S.DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, [R.BERCOVITZ (Coord.)], 2.ª ed., Madrid, 1997, pp. 678-681, SCHMIDT, RIDA, vol. LXXXIV, p. 95, según el cual el autor original y el parodista deberían concluir un acuerdo similar al de la adaptación, y, en su defecto, los tribunales deberían establecer lo razonable. En contra excluyen cualquier compensación del texto del art. 39 LPI, D.ESPÍN CANOVAS, *Los derechos del autor de obras de arte*, Madrid, 1996, p. 143, SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, p. 481, y G.BERCOVITZ, *Obra plástica*, pp. 422-423, que encuentra en la originalidad de trabajo del parodista justificación adicional a la función crítica para justificar la no remuneración del parodiado.

²⁸ M.A.DAGITZ, «Trademark Parodies and Free Speech: An Expansion of Parodist' First Amendment Rights in *L.L. Bean, Inc v. Drake Publishers, Inc.*», *Iowa L.Rev.*, vol. 73, n.º 4, May 1988, p. 961. Podemos no obstante citar un par de definiciones más: G. von WILPERT, *Sachwörterbuch der Literatur*, Stuttgart, 1961, p. 431: «*Es la burlesca, exagerada o distorsionada imitación de una obra seria existente.../que conserva la forma exterior pero con un contenido no correspondiente*»; E. ROTHERMUND, *Die Parodie in der modernen Lyrik*, München, 1963, p. 3: «*Una parodia es una obra literaria que toma prestado de otro trabajo elementos estilísticos de forma y a menudo también el tema, si bien alterando parcialmente el material tomado de tal modo que se cree una discrepancia clara y a menudo cómica entre las estructuras subyacentes*»; ROSE, *Parody*, p. 52: «*Es dar una nueva función de tipo cómico a materiales lingüísticos o artísticos dotados de una forma previa*» [refuncionalizar cómicamente materiales preformados]; la lista sería interminable.

puntos: primero, cuál debe ser la relación de intertextualidad establecida, que ya aquí podemos anticipar que ha de ser antitemática (a); en segundo lugar, si la comicidad es o no cualidad constitutiva de la parodia, a lo que hay que responder positivamente (b), y, en tercer lugar, en qué posición doctrinal deja lo anterior a la parodia en el binomio obra original-obra derivada, siendo en esta última donde encuentra claro acomodo (c). A la vista de lo anterior, será forzoso concluir atendiendo a la relevancia constitucional que la alegación de la libertad de expresión podría tener a propósito del severo límite que a la posibilidad de parodiar supone la doctrina de la parodia antitemática como la única admisible en el art. 39 LPI (3).

a) El primer punto a tratar es cuál debe ser la relación de intertextualidad existente entre la parodia y la obra que le sirve de base. En ese sentido, la doctrina y jurisprudencia estadounidense y alemana han individualizado dos tipos de intertextualidad a los que ya hemos tenido ocasión de hacer referencia. La primera es aquella donde la parodia toma como objetivo a la obra parodiada o su entorno cercano —autor, ámbito donde se desarrolla, personas que la disfrutan o usan, etc.; la segunda sería la parodia que toma la obra parodiada como arma para atacar, burlarse o simplemente referirse a una textualidad que nada tiene que ver con la obra parodiada. En este sentido, en el primer caso el objeto parodiado es un objetivo de crítica humorística («*Target Parody*»); en el segundo es un simple arma para atacar humorísticamente otros objetivos que no tienen nada que ver («*Weapon Parody*»)²⁹. No otra construcción es la que, desde una formulación más dogmática, como no podía ser de otra forma, se admite la intertextualidad paródica en Alemania como un supuesto de uso libre de la obra de otro. En ese ordenamiento, y coincidiendo con lo apenas visto, la relación de la parodia con la obra parodiada debe ser la de un «tratamiento antitemático» («*Antithematische Textverarbeitung*» «*Antithematische Behandlung*»), donde resulta decisiva la existencia de una interrelación de contenido o artística («*inhaltliche oder künstlerische Auseinandersetzung*») con determinadas expresiones y propiedades del texto original³⁰. Es decir, la parodia debe atacar

²⁹ Aquí estaría la diferencia entre parodia-objetivo (target parody), donde lo criticado es la obra parodiada, y parodia-arma (weapon parody), donde el objeto de crítica es algo diverso de la obra parodiada, formulada por POSNER, «When is Parody Fair Use?», *Journal of Legal Studies*, vol. XXI, 1992, pp. 67 ss., p. 71, sosteniendo que sólo la primera debería ser permitida sin el consentimiento del autor; en contra, la rechazan por inviable en la práctica y por indeseable socialmente, entre otros, BURR, *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 1996, vol. 14, pp. 65 ss., pp. 71-72 y WINSLOW, *South. Cal. L. Rev.*, vol. 69, n.º 2, 1996, pp. 804 ss.; R.P. MERGES, «Are You Making Fun of Me? Notes on Market Failure and the Parody Defense in Copyright Law», 21 *AIPLA Q.J.* 1993, p. 305 ss., p. 311 [non vidi], etc.

³⁰ En Alemania, por su lado, y a efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, indica H.LÖWENHEIM, SCHRICKEURheberrecht, 2.ª ed., München, 1999, § 24, RdNr. 22, que no hay parodia cuando el tratamiento no es antitemático; es decir, no se dirige contra la propia obra sino contra un tercero que no está en relación con ella, citando el caso de «El ángel azul»; v., también, entre otros, H.HUBMANN/M.REHBINDER, *Urheber- und Verlagsrecht*, München, 1995, 8.ª ed., p. 183. La formulación más acabada de lo anterior se halla en HESS, *Urheberrechtsprobleme*, p. 99 y 120 ss. que rechaza como parodia la «Weapon parody» o «andere Thematik Behandlung», de donde parece desprenderse una orientación doctrinal cercana a la de Posner. A la vista de la literatura en general

cómicamente la obra parodiada o su entorno cercano; si lo que se pretende hacer pasar por parodia simplemente usa elementos de la obra parodiada para fines que nada tienen que ver con ésta, esta obra deja de ser parodia a los efectos de sostener su admisibilidad sin consentimiento del autor de la obra original. Para solucionar los problemas de interpretación, y dada la riqueza de significados y contenidos que la parodia puede encerrar, se sostiene que basta para calificar una obra de paródica y sostener su admisibilidad con que uno de los posibles significados de esta obra sea antitético con la obra original o su entorno más estrecho³¹. Supuesto que la toma de materiales la ha hecho el sedicente parodista, y la obra habla en principio a favor de un uso inconsciente, será él quien tenga que desmentir y alegar dónde reside el tratamiento antitemático de su obra respecto a la original³². Ahora bien, si la obra paródica simplemente aprovecha el material de otro para servir sus propios fines, sin que ese material sea medio para atacar o criticar la obra o el entorno de la obra de que proceden, no estaremos en presencia de una parodia sino de una simple contrafacción u obra derivada que debe caer bajo el control del autor de la obra original³³. La razón de todo ello tendremos ocasión de verla de inmediato *infra sub* III.

b) La relación entre la obra parodiada y su reflejo debe ser humorística. Eso desde luego no excluye que se puedan hacer parodias de temas serios o tras-

se puede afirmar que en Alemania sólo se admite como parodia la «*target parody*». Así, HESS, *ibi*, pp. 122-123 sostiene que cuando no coincidan en la parodia los caracteres de «*Objekt*» o «*Angriffsziel*» y de «*Medium*», —o sea, de «*Target*» & «*Weapon*»— debe caer la noción de parodia a efectos de libertad de uso. V., también, a propósito de las distintas finalidades de la parodia, HEFTI, *Die parodie*, pp. 88 y 92. Entre nosotros, creemos percibir esta distinción en SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, p. 488, aunque sin agotar sus posibilidades; no obstante, este autor parece exigir en todo caso una alusión crítica, si quiera parcial, a la obra parodiada, y en MONTEAGUDO, *Marca renombrada*, pp. 126-127 y 273-274.

³¹ HESS, *Urheberrechtsprobleme*, pp. 121-122. Así, p.ej., se soluciona el problema que tiene BURR, *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 1996, vol. 14, pp. 71-72 para saber si la versión «*Am I Black or White?*» de la canción «*Black or White*» de M. Jackson es o no una «*target parody*»; en esa versión se atacan entre otras cosas, la ingenuidad del cantante de presumir que vivimos en un mundo multiracial donde el color no importa, —en la escena final del vídeo el protagonista rompe un coche con un bate de béisbol y dos policías se lo llevan mientras dice «debo de ser negro», pero también el hecho de que el propio cantante ya no sepa cuál es su color. En esas circunstancias, que el vídeo de M. Jackson es el objetivo de la parodia parece evidente. Así, entre nosotros, SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, p. 488, viene a decir: «*me parece que es ilícito servirse sin permiso de una obra ajena para parodiar hechos, personajes o situaciones no inherentes a la misma, a salvo que simultáneamente se detecte, siquiera sea de una manera parcial, una intención paródica con respecto a la obra utilizada*».

³² Véanse p.ej., las no menos originales formas de argumentar el tratamiento antitemático de Asterix y Obelix que tienen los parodistas en los supuestos resueltos en la Sentencia del Tribunal Supremo alemán 11-III-1993, GRUR, 1994, pp. 191 ss., supuestos que por otra parte se resuelven a nuestro juicio, de una forma un tanto errática. El hecho de que se reproduzcan en la sentencia los dibujos e historietas permite que todo lector pueda emitir su propio juicio al respecto.

³³ V., p.ej., M. REHBINDER, *Urheberrecht*, 10.^a ed., 1998, p. 170, E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.^a ed., 1980, p. 277, K. VINK, en F.K. FROMM/W. NORDEMANN, *Urheberrecht Kommentar*, 9.^a ed., Stuttgart et al., 1998, § 24, p. 175, H. LOEWENHEIM, en SCHRICKER *Urheberrecht*, 2.^a ed., München, 1999, § 24, RdNr. 22 ss., etc. Una recopilación de los casos alemanes, incluso con las correspondientes ilustraciones, en HESS, *Urheberrechtsprobleme*, pp. 106-110.

cendentes; es más, que la parodia en sí misma deba ser tomada muy en serio³⁴. Además, debe ser reconocida como objetivamente cómica o graciosa por la generalidad del público al que va dirigida³⁵. Otra cosa es en qué consista el humor o la poca familiaridad que con determinadas formas de humor de vanguardia o de humor de países del norte tengan gentes más tradicionales o de latitudes más meridionales³⁶. Curiosamente, nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 17-V-1990 (Ar. 3736), se arriesga a definir el humor como lo «*que consiste en poner en evidencia y destacar los absurdos que hay en aquellos hechos que se consideran normales por la fuerza de la costumbre*»³⁷. Sea como fuere, el reconocimiento de una obra artística de los elementos que objetivamente ponen de manifiesto la naturaleza cómica de una obra no plantea de hecho mayores dificultades, sin que parezca necesaria al efecto una peritación de un crítico literario. Y ese humor es el vehículo y la esencia de la crítica a que se acaba de hacer referencia *sub a*). Humor y crítica se encuentran tan inextricablemente

³⁴ Estima el humor como un elemento imprescindible de la parodia, aun de aquellas serias en sus intenciones o en su temática, HESS, *Uhrerrechtsprobleme*, p. 97.; así este autor hace referencia, aunque no sea una parodia en el sentido de referirse a una obra concreta, a «El gran dictador», donde un tema muy serio —la dictadura nacionalsocialista y la persecución de los judíos— se toma en clave de —amargo— humor; en el mismo sentido, v., HEFTI, *Die Parodie*, p. 120. En contra, A.LIEDE, voz *Parodie*, en *Reallexicon der deutschen Literaturgeschichte*, 2.^a ed., vol.3, Berlin, 1977, pp. 12 ss., pone de manifiesto lo difícil de calificar algo de cómico supuesta la distinta reacción de diversas audiencias ante una misma obra; en contra, ROSE, *Parody*, pp. 31-31 resalta la necesidad de una incongruencia cómica en la parodia y critica el argumento de LIEDE comparándolo al que afirma que una silla no puede existir si uno no la puede ver. En Francia, la finalidad subjetiva y objetivamente humorística de la parodia se eleva al aspecto moral de las «leyes del género», que determinan la admisibilidad de la parodia (art. 41-4.º, L. n.º 57-298, 11-III-1957); v., FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, p. 304, LUCAS/LUCAS, *Propriété*, p. 273, etc., El elemento material de las leyes del género es la reconocibilidad del carácter de parodia. Entre nosotros, v., p.ej., ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor*, p.141.

³⁵ Lo que plantearía si se puede hacer parodia de una obra ya de por sí cómica, como se plantea FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, p. 304. A nuestro juicio, y en coincidencia con este autor, será posible llevar a cabo una parodia incluso en este caso siempre que se cumplan los requisitos de la parodia, aunque sean desde luego más difíciles en estos casos ¿o es que acaso no es posible parodiar a un humorista?

³⁶ Lo que nos llevaría desde la discusión de Guillermo de Baskerville con Jorge de Burgos en *El nombre de la rosa*, [a su vez un delicioso pastiche de las novelas de misterio, donde uno es un inglés mezcla de filósofo con navaja y detective contratado por los Baskerville y el otro es un conocido escritor argentino de nombre Jorge y apellido similar a Burgos] a las afirmaciones de Kant en la *Crítica del juicio estético* de que «la risa es una afección resultante de la transformación en nada de una tensa expectativa» [cit. ROSE, *Parody*, pp. 32-33]. En ese sentido, LUSTIG, *La parodia*, p. 160 dice que «Será necesario que la parodia oponga y sustituya a lo infinitamente grande lo infinitamente pequeño, determinando un contraste en la fantasía del espectador del cual se desprenda, en virtud de la contradicción, la risa irresistible y la chispeante caricatura».

³⁷ No nos resistimos a transcribir el siguiente pasaje de la sentencia: «Actualmente se destaca que los más profundos filósofos han declarado que una definición del humor era humanamente imposible; pero lo cierto es que en los escritores humorísticos hay que reconocer una simbiosis de idealismo y de espíritu burlón de una exacerbada fantasía y de un prosaísmo extravagante de comicidad y de dolor, y en general, porque fluyen constantemente contrastes inesperados en el pensamiento y en la exposición artística. El humorista, en suma, se muestra ridículo con el sentimiento, se complace en mostrar una gama de emociones gratis junto a otras desagradables pero de manera que la parte ingrata sea el motor que provoque la placentera». Para comentar ese texto nos permitimos remitir al trabajo de L.DÍEZ PICAZO, «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, I, 1997, pp. 205 ss.

entrelazados en la parodia que no es posible separarlos; es decir, no es posible impedir el uno sin por eso restringir la otra. Precisamente porque la parodia se inserta en un proceso creativo dinámico y prospectivo, donde la amenaza de volver a caer en los errores o los excesos que se denuncian en la parodia no es una mala crítica en una revista de cine o literaria, sino una carcajada o una sonrisa por parte del público en general al asociar la parodia con la obra posterior. Ahí radica la potencialidad del humor; en ser un arma disuasoria terrible para el autor —de la obra parodiada y aquellos otros que se reconozcan en la misma—. En ese sentido, la parodia es prospectiva, mira hacia el futuro, y si tiene éxito, marcará época. Mel Brooks marcó época con «El Jovencito Frankenstein», y el terror ya no ha sido lo mismo; sin embargo, fracasó con «La loca historia de las galaxias» y George Lucas ha triunfado clamorosamente con el nuevo episodio de la saga: «Episodio uno: la amenaza fantasma».

c) Ahora bien, la parodia no sólo ha de ser una crítica antitemática en clave de humor. También ha de ser una obra en sí misma³⁸. Se trata con eso en evitar plagios travestidos de parodias. Eso se traduce, como en general a propósito de toda obra derivada, en que la parodia ha de tener una entidad bastante en sí misma más allá de meros retoques o alteraciones irrelevantes; de otro modo, se permitiría sustraer a un sujeto los derechos de otro o incluso monopolizar por un sujeto una obra ya en el dominio público haciendo una adaptación trivial o superficial de la misma³⁹. Esta cuestión, especialmente polémica en el caso de las obras musicales, se ha solido suscitar de dos formas distintas; de un lado, exigiendo que la toma no sea tal que pueda producir confusión con la obra original —perspectiva típica de los derechos español y francés—⁴⁰; de otro lado, planteando cuánto le es lícito al parodista tomar de la obra parodiada —perspectiva alemana y anglosajona—⁴¹. No obstante,

³⁸ V., HESS, *Urheberrechtsprobleme*, pp. 34-35 y 146-147; precisamente uno de los presupuestos del uso libre de la obra de otro en Alemania es que se incorpora a una obra como tal «selbständiges Werk», §. 24 UrhRG.

³⁹ Sobre la conveniencia o no de favorecer la obra derivada, v., en contra, defendiendo los derechos del autor original LANDES/POSNER, *Journ. Legal Studies*, vol. XVIII, 1989, pp. 353 ss., a favor, defendiendo al autor derivativo, WINSLOW, *South Cal. L. Rev.*, vol 69, n.º 2, 1996, pp. 780 ss.

⁴⁰ V., p.ej., en Francia, A.SCHMIDT, «L'application jurisprudentielle de la loi du 11 mars 1957», RIDA, n.º LXXXIV (1975), pp. 3 ss., pp. 89-91, donde precisamente trata de supuestos de pretendidas parodias de canciones donde se negó esa calificación y defensa precisamente por el riesgo de confusión que planteaban. Igualmente, FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, pp. 302-303 cifra en la reconocibilidad general de una obra como parodia el elemento material de las «leyes del género» a las que se supedita la admisibilidad de la parodia. Consecuencia de esa no confundibilidad es que la toma no puede ser completa, pero como la misma doctrina francesa indica, la mayor o menor extensión de la toma no es definitiva; así, Françon estima que tomar íntegra la melodía de una canción cambiando sólo la letra (caso *Douce France-Douces Trances*) no era una toma íntegra y lo decisivo era la confundibilidad o no.

⁴¹ Así, en los Estados Unidos, uno de los criterios para apreciar «fair use» en la obra de otro es «the amount and substantiality of the taking»; en cuya apreciación la jurisprudencia de aquel país resulta ser bastante errática; p.ej., WINSLOW, *South Cal. L. Rev.*, vol 69, n.º 2, p. 790-791 y p. 806, y POSNER, *Journ. L. Stud.*, p. 72, reconociendo ambos aunque desde posturas diversas lo ambiguo del criterio. Un tribunal incluso dijo que «podían tomar todo lo necesario para hacer la parodia más perfecta» [581 F.2d 751, 758 (9th Cir. 1978)]. De ahí que la doctrina sea favorable a no estimar lo que se toma sino el trabajo que se hace sobre lo tomado, ya que ello es lo que conjura

creemos mejor planteado el tema no desde lo que toma de otra sino desde lo que se hace con lo que se toma, ya que la finalidad de exigir esa actividad creativa del parodista es precisamente evitar que éste sea un mero «free-rider» que se limita a copiar así como el impedir que la parodia, por ello, sea un sustituto del original en el mercado. Eso se logra mejor no impidiendo que se tome una parte sustancial, sino exigiendo que de lo tomado se haga un uso creativo que desemboque en una obra original y propia. En efecto, el que las parodias, para ser tales, tengan una entidad bastante favorecerá tres órdenes de intereses; de un lado, no será competencia para la obra parodiada, ya que tendría una sustantividad propia que determinaría su idoneidad para satisfacer gustos y necesidades diversos de los de la obra original; en ese sentido, como se verá, el daño que puede causar la parodia a la obra original será escaso. Por otro lado, evitará el «free riding» o gorroneo, al exigir del autor una colaboración activa y no una simple copia; y, en tercer lugar, y como es lógico, fomentará la creatividad⁴². De ahí que no se estime parodia, por ejemplo, el tomar personajes y cambiarlos de ambiente, época o situación⁴³. Y de ahí los problemas para determinar si tomar la melodía íntegra de una canción cambiando sólo la letra es una modificación de enjundia bastante para asegurar la entidad propia de la parodia⁴⁴.

los riesgos de «free riding» y sustitución en el mercado. En el Reino Unido, se solía hacer énfasis en que el parodista haya desarrollado tal trabajo intelectual y sometido a revisión y alteración como para producir una obra original, más que atender a la dicción legal de reproducir «a substantial part of the work» (sec. 49 Copyright Act 1956). Así sucede en *Glyn v. Weston Feature* [1916], 1 Ch. Pp. 261 ss. —adaptación al cine de una novela impúdica—; *Joy Music v. Sunday Pictorial* [1960] 2 QB pp. 60 ss. pp. 70-71. —parodia de una canción «Rock-a-Billy» en una «Rock-a-Philip», por Felipe de Edimburgo—; así, W.R. CORNISH, *Intellectual property*, 2.^a ed., London, 1989, p. 290. Sin embargo, con *Schwepes Ltd v. Wellingtons Ltd* [1984] F.S.R. pp. 210 ss. —«Schlurpps» como marca de espuma de baño por «Schwepes» como marca de tónica— la cosa parece cambiar de rumbo, ya que se sostuvo que una obra puede ser a la vez original y tomar una parte sustancial de una obra precedente; la alegación de que se trata de una parodia es irrelevante: o se ha tomado una parte sustancial o no se ha tomado; ese es el criterio para apreciar la violación del Copyright; v., J. PHILLIPS/A.FIRHT, *Introduction to intellectual property law*, 2.^a ed., London, 1990, y J. PHILLIPS, «The parody defence to copyright infringement», *The Cambridge L. Journ*, 1984, pp. 245 ss.

⁴² Así, por ejemplo, se exige un nivel de creatividad y una distancia respecto de la obra parodiada para poder calificarla como de uso libre; v., K. VINK, en FROMM/NORDEMANN, *Uhreberrecht Kommentar*⁹, § 24, p. 175, y LOEWENHEIM, en SCHRICKER *Uhreberrecht*², par 24, RdNr. 22 ss., y HESS, *Uhreberrechtsprobleme*, pp. 38-40, que indican cómo la jurisprudencia aplica a la parodia el criterio de «das Verblasen des Originals», o en su otra formulación «der Abstand vom original» considerando, p.ej., como no autorizado el contrahacer el famoso cartel de «El ángel azul» con el dibujo de una terrorista donde en lugar de decir, como la Dietrich, «Estoy hecha para el amor de la cabeza a los pies» se decía «Estamos hechos para el asesinato de la cabeza a los pies».

⁴³ LOEWENHEIM, en SCHRICKER *Uhreberrecht*², par 24, RdNr. 22 e *infra* en apéndice el caso de los Pitufos. [OLG Hamburg, 17-XI-1988, ZUM 1989, pp. 305 ss.], citado por HESS, *Uhreberrechtsprobleme*, p. 120., el «Haschenschule» [OLG Hamburg, 4-VIII-1977, UFITA 86 (1980), pp. 289 ss.] o el de «AL-COHOLIX, ISTERIX & Co» [OLG München, 13-IX-1990, ZUM 1991, pp. 251 ss], y sobre estos mismos personajes, a propósito de «Las histéricas aventuras de Isterix», BGH 11-III-1993, GRUR, 1994, pp. 191 ss., con ilustraciones de todos los supuestos allí considerados —por cierto, en este caso «Asterix» también estaba registrado como marca—. En todos estos casos se trata de tomar personajes ajenos, mínimamente alterados en algunos casos, pudiendo tomarse todos ellos por originales.

⁴⁴ Así, FRANÇON, *Le droit d'auteur*, 101, 1988, pp. 303-304, considera que no hay toma íntegra si se reproduce la melodía pero con una letra diversa, caso de «Douce France/Douces Trances», donde se parodiaba y criticaba el intento del autor de la primera de entrar en la Academia Francesa. Es decir, la obra

En última instancia, a la parodia apenas definida le cuadra perfectamente la definición resultante de los arts. 11.5 y 21.1 LPI en el sentido de ser una «modificación» en la «forma [de otra obra] de la que deriva una obra diferente». Así, nos parece claro que en el caso de la parodia se está ante una obra derivada, resultado de la transformación de una obra original sin la cual es conceptualmente inconcebible, y cuya única peculiaridad respecto al resto de obras derivadas, en atención a lo que después se verá, es la innecesariedad del consentimiento del titular de la obra original para su ejecución y la inexistencia de remuneración a su favor⁴⁵. Ciertamente, con esa disposición de ley, el régimen jurídico de la parodia se equipara de hecho con el de la obra independiente, pero ontológicamente no deja de ser una transformación que en atención a su función en el mercado artístico excepciona las reglas que de otro modo le serían de aplicación. Recaltar ese carácter excepcional precisamente ayuda a fijar y a recordar los severos límites de su admisibilidad⁴⁶. Como gráficamente dice la Ley suiza de propiedad intelectual, se trata de «obras de segunda mano» (art. 3 URG 1992), y de hecho, el propio art. 39 LPI habla de la parodia como de una transformación que no exige el consentimiento del autor. Y no se diga para negarle el carácter de mera obra derivada que la aportación del parodista es tal que excede lo propio de tales obras; muy por el contrario, hay que matizar que sólo de obra derivada se puede hablar —y no de simple copia— cuando existe una transformación apreciable de la obra de la que se parte de tal modo que en la misma se manifieste una aportación del autor sucesivo, un esfuerzo creativo o del ingenio apreciable por el lector de la original⁴⁷.

íntegra sería la melodía junto con la letra. En contra, la melodía aparecía entre nosotros intensamente protegida en el art. 65 RPI y en el art. 7.2 LPI 1879, como indica SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, p. 479 y especialmente, pp. 483 ss., con un análisis exhaustivo del derecho comparado; en el mismo sentido, en Alemania, una disposición de ley, el § 24.2 UrhRG, ampara expresamente la melodía de las obras musicales.; v., LOEWENHEIM, SCHRICKER, *Urheberrecht*², § 24, RdNr. 26 ss.

⁴⁵ Así, ESPÍN CANOVAS, *Los derechos del autor*, p. 142 y FRIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, [R.BERCOVITZ (Dir.)], 1.ª ed., Madrid, 1987, p. 416, que incluye la parodia en los casos de transformación del art. 21 LPI. También en el sentido de calificar la parodia de obra derivada, v., POSNER, *Journ. Of Legal Stud.*, vol XXI, 1992, p. 69; en contra, DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*², pp. 676-677 ss. la considera un *tertium genus* entre las obras derivadas y las originales. Por su lado, G.BERCOVITZ, *Obra plástica*, pp. 422-3, parece ser partidario de esta última postura, encontrando en la originalidad de trabajo del parodista justificación adicional a la función crítica para justificar la no remuneración del parodiado: «en definitiva, al final, la parodia no sería considerada transformación porque no es una transformación». En el mismo sentido, SHAUGHNESSY, *Vir. L.Rew.*, vo. 72, n.º 6, 1986, p. 1079, califica la parodia como una obra a la vez creativa y derivativa. La postura más abiertamente favorable a la consideración de la parodia como obra original es la de SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, pp. 481-482, nota 195, donde criticando la tibieza de la postura de DÍAZ ALABART, sostiene pragmáticamente que la parodia es una obra del todo original por ministerio de la Ley, teniendo el tratamiento a lo sumo de un caso de inspiración en otra obra.

⁴⁶ Es decir, matar a una persona está prohibido salvo que concurran las causas legales que justifican esa conducta. Ahora bien, si alguien causa la muerte a un sujeto en legítima defensa eso no supone que no se haya matado, sino que, habiéndole quitado la vida a otra persona, esa conducta estaba excepcionalmente justificada y se trata, a efectos de reproche penal, como si ese hecho no hubiese sucedido.

⁴⁷ Nadie dudará que traducir al español la poesía de Lermontov, Baudelaire o Rilke exige un esfuerzo intelectual mayor que sustituir en una canción de Michael Jackson la letra «I'm bad» —soy malo— por «I'm fat» —estoy gordo—, por mucho que esto último resulte más gracioso —y rentable— que las «Elegías a Duino». Así, WINSLOW, *South. Cal. L. Rev.*, vol. 69, n.º 2, Jan. 1996, pp. 775 ss. cifra los requisitos exigidos en doctrina para admitir la protección de una obra derivada en la sustancialidad de la intervención del autor derivativo y en la originalidad o creatividad de su intervención.

3. Frente a la construcción aquí defendida parece alzarse una objeción que sin embargo no se nos antoja tal, o al menos no de las dimensiones que en otros ordenamientos se han podido levantar. Se trata de la alegación de la *libertad de expresión del parodista*, alegación tanto más fuerte cuanto que se trata de arrojar a los ojos del juez el ejercicio de un derecho fundamental (art. 20.1 b) CE). En efecto, planteada una parodia no antitemática, es decir, una contrafacción, o una parodia que ataca la personalidad del autor original, no será raro el alegar por su autor la libertad de expresión que le ampara, lo que como se verá, se reproducirá en sede de derecho de marcas donde la admisibilidad de la parodia es aún más restringida. Si bien la primera reacción es la afirmar «*hic sunt leones*» y dejar la cuestión al constitucionalismo, no podemos resistirnos a hacer algunas observaciones sin más valor que las de un profano en este terreno. Pues bien, a nuestro juicio, la cuestión plantea diversos aspectos, si bien todos centrados en el tema de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, como es el caso de la libertad de expresión artística y la propiedad privada (a); en ese sentido, y supuesto que lo anterior no haga ocioso seguir con la cuestión, la ponderación de la libertad de expresión artística del parodista frente a la propiedad privada del titular de los derechos de autor (b).

a) En efecto, el primer problema que se plantea es el de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito estrictamente privado, pues tal es el tema en este caso donde se trata de si el derecho fundamental del parodista —*rectius*, contrafactor— puede más que el derecho de propiedad del autor original. Y en ese sentido es general afirmar que la libertad artística sólo tiene una vigencia entre particulares limitada e indirecta, tanto en el ámbito de los derechos reales como en el de la libertad contractual⁴⁸. El propio origen de este derecho, cifrado en impedir que el estado pueda decidir qué arte es o no admisible así lo indica⁴⁹. El arte y la actividad artística no justifican el sacrificio de los derechos de otros: la libertad artística no significa un privilegio del artista para hacer en interés del arte lo que para otra persona estaría prohibido⁵⁰. En ese sentido, es fácil concluir la inadmisibilidad de una eficacia inmediata entre privados de este derecho.

⁴⁸ Piénsese en el caso de una obra de encargo que, habiendo sido objeto de un proyecto, después se realiza de modo diverso; ante la alegación de incumplimiento, ¿podría el artista echar mano de su derecho constitucional a la libertad artística? El Tribunal Supremo alemán entendió que sí, afirmando el riesgo que corría y que asumió el que realizó el encargo y la libertad del artista de no sujetarse a escala al proyecto presentado; en contra, con razón, G.ERBEL, *Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitgarantie*, Berlin, et al., 1966, pp. 214-215, con ulteriores consideraciones sobre la libertad contractual y la libertad artística.

⁴⁹ En efecto, es común indicar que el § 5 III de la Constitución alemana, que proclama la libertad del arte, obedece como respuesta a la calificación y prohibición por el estado en el periodo nacional-socialista del llamado «arte degenerado». V., p.ej., H.HEMPEL, *Die Freiheit der Kunst*, Zürich, 1991, p. 27. Otro tanto cabría decir del caso español, tanto por los préstamos de la constitución alemana como por nuestra propia experiencia en materia de censura.

⁵⁰ Así de determinante se pronuncia en relación con el art. 5 III de la Constitución alemana, que consagra la libertad artística C.STARCK, en *Das Bonner Grundgesetz*, München, 1999, Art.5, Abs.3, RdNr.301., siguiendo a H.HUBMANN, «Anmerkung» a la Sentencia BGH 3-VI-1975 (VI ZR 123/74), en JZ, 1975, pp. 637 ss.[en ese caso, una compañía de teatro ponía en escena un taller en el que aparecía el nombre de la sociedad demandante por agresión a su derecho al honor]. Del mismo modo, DAGITZ, *Iowa L. Rev.*, vol. 73, n.º 4, pp. 969-970, pone de manifiesto que la acción del titular de una

b) Supuesto lo anterior, el planteamiento de la segunda cuestión se soluciona fácilmente con una pregunta ¿por qué el ejercicio de un derecho fundamental se tiene que hacer a costa del patrimonio y de la reputación de otra persona? Como se ha podido decir, el escritor tiene un derecho fundamental a manifestarse libremente, pero eso no le da derecho a entrar en cualquier papelería y robar los lápices necesarios para dar salida a su creatividad, del mismo modo que tampoco debe tolerar nadie que la creatividad de un artista del grafiti —o de un prestigioso y consagrado pintor— se plasme sobre los muros de la propia casa⁵¹. La propiedad privada es un límite reconocido y aceptado a la libertad artística, y eso debe valer tanto para la propiedad privada sobre bienes tangibles como para la que se manifiesta sobre bienes inmateriales⁵². Eso, desde luego, sin perjuicio de las implicaciones puramente civiles que plantea el conflicto entre el derecho de autor y el derecho de propiedad y que pueden encontrar solución analógica en las reglas en materia de accesión (arts. 358 ss. CC, en particular, por ejemplo, arts. 362 y 377). Y todo lo anterior con independencia de que el art. 20.1 b) CE sea o no ley especial respecto al art. 33 CE, supuesto que en el primero se reconozca no sólo el derecho a la creación artística sino también el derecho a la propiedad de lo producido; es más, de ser así, caerían las posibles alegaciones meramente intuitivas que pretendiesen hacer prevalecer la amparada y elevada libertad artística del art. 20 CE sobre la prosaica propiedad privada del art. 33 CE⁵³. Muy por el contrario, la composi-

marca es una «*private action*» y no una «*state action*», si bien en el caso allí tratado constata que el tribunal entendió que la ejecución judicial de derechos privados supone «*state action*» cuando tal ejecución restringe la libertad de expresión (es decir, le reconoció una suerte de «*Drittwirkung*»).

⁵¹ V., el ejemplo de los lápices en POSNER, *Jour. Legal Studies*, vol XXI, 1992, p. 73; en contra, WINSLOW, *South Cal. L. Rev.*, vol 69, n.º 2, 1996, p. 807-808, sobre la base de las externalidades beneficiosas asociadas a la transferencia de estos bienes y a la disposición de los dueños de lápices a venderlos a los parodistas. Curiosamente, la argumentación de Posner viene a coincidir en algún modo con los ejemplos de F. MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, 2.ª ed., Berlin et al., 1990, pp. 100 y 102, donde sostiene que la libertad artística no ampara usos inespecíficos de la misma, es decir, ejercicios de esa libertad que podrían realizarse de distinto modo sin menoscabo de la estructura del derecho, y apunta los casos de quien roba madera para realizar una estatua o el artista pop que roba el «object trouvé» que luego expone.

⁵² Así, v., p.ej., en materia de propiedad privada como límite a la libertad artística STARCK, *Bonner Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3, RdNr. 312; MAHRENHOLZ, en *Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., Berlin-New York, 1994, § 26, RdNr. 72-73, pp. 1311-1312. Así lo entendió el Tribunal Constitucional alemán, en una de sus más comentadas sentencias respecto a la libertad artística, al permitir la extradición del sujeto que pintó con spray más de cien edificios públicos y privados de Zürich (19-III-1984, NJW, 1984, pp. 1293 ss., con comentario favorable de J. HOFFMANN, «Kunstfreiheit und Sacheigentum», NJW, 1985, pp. 237 ss. y crítico de J. WÜRKNER, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst*, München, 1994, pp. 152 ss.) Por otro lado, y con Mahrenholz y Würkner, nos queda la duda, a la vista del caso del «Sprayer von Zürich» de si la intencionalidad y resultado artístico de la acción debería pesar en el aspecto penal del caso. Del mismo modo, en Estados Unidos, las primeras cuestiones en materia de parodia donde se alegó la libertad de expresión, se resolvieron aludiendo a casos donde ésta entraba en colisión con la propiedad inmobiliaria; así, se decidió un caso de parodia de marca aludiendo al derecho del propietario de un centro comercial a excluir a quien repartía octavillas de contenido político [Lloyd v. Tanner 407 US 567], como indica DAGITZ, *Iowa L. Rev.*, n.º 4, vol. 73 (1988), p. 969; no obstante, este autor pone de manifiesto cómo en decisiones más recientes en materia de parodia los tribunales han venido marcando la diferencia entre ambos tipos de propiedad y los límites de cada una.

⁵³ V., por todos, J. CREMADES, *Das Grundrecht der Meinungsfreiheit in der spanischen Verfassung*, Berlin, 1994, p. 217.

ción de intereses adecuada se da, a nuestro juicio, en la interpretación propuesta del art. 39 LPI, que se correspondería con un justo y ponderado entendimiento de la libertad de expresión artística en la medida que sacrifica tanto los derechos morales (v., *infra* III 2 b)) como los patrimoniales (v., *infra* III 3) de un autor para permitir que otro pueda hacer, a la vez, una obra de arte y una eficaz crítica de su obra⁵⁴. Lo que no parece justificado ni siquiera desde la libertad de expresión artística es que con cualquier finalidad se pueda libremente realizar obra derivada a costa y sin el consentimiento del propietario de la obra original so capa de parodia. Eso por no hablar del ataque del parodista a otros bienes y derechos de la personalidad, la propia imagen o creencia religiosa —art. 525 CP y STS 26-XI-1990 (Ar. 9163)—, que en vano buscarán refugio en la alegación de la libertad artística o de expresión y cuyo tratamiento en extenso no procede en este lugar⁵⁵.

III. LA PARODIA EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La regulación positiva de la parodia entre nosotros parte de la general admisibilidad de la misma siempre que sea inocua. En ese sentido, se establece en el art. 39 LPI que «*No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor*». De los requisitos individuables en esta norma los primeros —divulgación de la obra original y no confusión de ésta con la parodia— son una tautología (1) y los segundos —que no se cause daño ni a la obra original ni a su autor— presentan no pocos problemas de interpretación (2). Un último problema, desde luego no resuelto en la Ley de Propiedad Intelectual son los eventuales derechos patrimoniales del autor de la obra original sobre la parodia (3).

1. En efecto, supuesta la definición propuesta de parodia, no tiene mayor sentido que la ley exija la divulgación de la obra parodiada, ya que, por un lado, sólo de una *concreta obra* se puede hacer parodia (a) y además, sólo de una *obra suficientemente conocida* (b) con la que *no sea confundible* (c). Todo lo más serían elementos para construir la noción de parodia, pero elementos ya individuados y perfectamente conocidos en el ámbito literario de donde provienen.

a) En efecto y en primer lugar, la parodia que permite el art. 39 LPI es la parodia de una obra concreta, ya que sólo sobre ella se tienen derechos de autor,

⁵⁴ V., las acertadas observaciones de SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, p. 482 y en nota 197.

⁵⁵ La más famosa sentencia en este sentido es la del Tribunal Constitucional alemán (24-II-1971), donde confirmó la prohibición de la novela «Mephisto, Roman einer Karriere» de Klaus Mann, prohibición dictada por la jurisdicción ordinaria (OLG Hamburg 9-VI-1966 y BGE 20-III-1968), al apreciar daño al honor por las alusiones al —notorio— pasado nazi de un actor ya fallecido; sobre el caso, v., la documentación de E. SPANGERBERG, *Karriere eines Romans. Mephisto, Klaus Mann und Gustaf Gründgens*, München, 1982. Con todo, hoy, el libro se vende libremente en Alemania [nuestro ejemplar es la Rowohlt Taschenbuch Verlag, copyright 1981, reimpresión de febrero de 1998].

y no sobre géneros, estilos, personajes genéricos, tramas convencionales, etc. El derecho de autor protege expresiones, no estilos o ideas⁵⁶. ¿Quién podría alegar un derecho de autor sobre un triángulo amoroso o un «latin lover»? «Don Quijote», «La venganza de don Mendo» o la «Ópera de los Mendigos» fueron parodias en el sentido de críticas de un estilo de escribir o de hacer teatro o música, pero no en el sentido en que usa esa palabra el derecho de autor. Siguiendo con Mel Brooks, «Sillas de montar calientes» o «La última locura» fueron parodias del género del oeste y del cine mudo, pero no de concretas obras; «El jovencito Frankenstein» y «La loca historia de las galaxias» lo fueron, esta vez sí, de obras determinadas. En este sentido, se suele aplicar a la parodia de un género la expresión «pastiche»⁵⁷.

b) Por otro lado, y en segundo lugar, como obra intertextual que es la parodia, la misma exige en su esencia un referente al que remitirse, y una obra no divulgada malamente puede servirle de base textual. Es más, para ser objeto de parodia la obra no sólo debe estar divulgada, sino ser una obra de éxito y de implantación social elevada, hasta el punto que ser parodiado es un indicio de éxito⁵⁸. Parodiar algo no divulgado simplemente es no parodiar.

c) Otro tanto debe decirse respecto a la no confusión con la obra original, lo que tratándose de una obra derivada como es la parodia señala la diferencia entre transformación y copia⁵⁹. Precisamente en el contraste, en la diferencia cómica con el original y en su reconocimiento está la esencia de la parodia, y nada se gana con que la ley lo recuerde⁶⁰. Es más, los propios parodistas, para curarse en salud, no dejan en muchos casos de indicar expresamente el título de sus obras el carácter de parodia que las mismas tienen. Otra cosa es que la parodia debe ser reconocible como tal, y en ese sentido debe dejar traslucir elementos o datos de la obra original a tal efecto —esencialidad de la toma— (v., *supra* II 2 c)).

⁵⁶ Pacífico; v., p.ej., DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*², pp. 664-665, POSNER, *Journ. Legal Stud.*, vol. XXI, 1992, p. 68. HESS, *Uhrheberrechtsprobleme*, p. 21 y 95, etc.

⁵⁷ V., FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, p. 302, nota 1 con ulteriores referencias, y LUCAS, A / LUCAS H.-J., *Propriété littéraire & artistique*, Paris, 1994, p. 272.

⁵⁸ V., p.ej., BERCOVITZ, *Obra plástica*, p. 424, SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, p. 489, etc. No en vano, Dickens se encontraba molesto por no haber sido parodiado en la revista satírica «Punch», como indica WINSLOW, *South. Cal L. Rev.*, vol. 69 n.º 2, 1996, p. 785-786, nota 86. La indiferencia es el látigo más terrible con el que se puede castigar a un artista: «que hablen de mí, aunque sea bien».

⁵⁹ SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, p. 493, extiende la necesidad de no confusión de la parodia tanto respecto de la obra original como de obras derivadas no paródicas de la misma. Precisamente en este sentido creemos confirmar que la parodia es en sí una obra derivada.

⁶⁰ No obstante, por esta vía —la no distinción por el destinatario entre el original y la parodia— el Tribunal Supremo alemán rechazó como parodia uno de los casos más famosos en aquel país; la Disney-Parodie [BGH 26-III-1971, GRUR 1971, pp. 588 ss.], comentada a este respecto por HESS, *Uhrheberrechtsprobleme*, pp. 118 y 119, que incluso recoge dicha parodia y de donde se desprende lo poco habitual que es en los magistrados alemanes el leer tebeos. Sobre el uso de personajes ajenos nos remitimos a lo dicho *supra* II.1 c

2. Más problemas presenta el requisito de que *la parodia no infiera daño* «ni a la obra original ni a su autor». Este último extremo merece algo más de consideración. ¿Qué es lo que se debe entender por daño a efectos de esta norma? Daño, nótese, que se puede causar a decir de ese artículo 39 LPI, tanto a la obra como al autor; remachándose en el art. 40 bis LPI que en ningún caso esos usos autorizados, entre ellos la parodia, deben suponer perjuicio para los intereses legítimos del autor o ir en detrimento de la explotación normal de las obras. ¿Cómo puede un parodista dañar la obra? ¿Y a su autor? ¿O lo que persigue la parodia no es precisamente hacer burla de la obra y, por ende, de la persona de un autor?

a) En orden a interpretar esa norma, indudablemente cabe considerar en primer lugar el daño económico derivado de que la parodia haya resultado ser un sustitutivo del original y en consecuencia, le haya privado de un sector de mercado. Eso raramente sucederá por varias razones. En primer lugar, porque toda obra derivada, no sólo la parodia, es en general un sustituto imperfecto de la obra original; el libro y la película, la versión doblada y la original etc., por lo general tienen públicos que son indiferentes y no fungibles entre sí.⁶¹ Eso es especialmente cierto en el caso de esa particular obra derivada que es la parodia; la parodia no es sustitutivo de la obra parodiada y en principio, no le quitará mercado: por el contrario, son mercados concurrentes o complementarios; cualquier amante de las películas clásicas de Frankenstein apreciará el humor de «El jovencito Frankenstein» sin que adquirir ésta película en video suponga dejar de comprar las anteriores⁶². Es más, la parodia en no pocos casos servirá como forma de publicidad del original⁶³. En segundo lugar, se debe atender a que la parodia no supone tampoco un daño económico relevante al titular de la obra principal en el sentido de dejar de ingresar la correspondiente licencia, ya que éste habrá obtenido un notorio beneficio con anterioridad. El original siempre es el pionero, y la obra derivada, y en concreto la parodia, siempre irán por detrás. Piénsese en el limitado daño económico que una parodia de Mickey Mouse puede causar al titular del derecho considerando los ingresos de uno y otro en el tiempo y la rápida obsolescencia

⁶¹ En Estados Unidos, WINSLOW, *South. Cal L. Rev.*, vol.69, n.º 2, 1996, p. 781, 783, y 807: la parodia no es un sustituto en absoluto: tiene una finalidad ridiculizadora y se dirige a distintos públicos. Como indica esta autora, cuando se ha apreciado un daño, eso ha sido no sobre la base de un efecto sustitución en el mercado, sino sobre una presunción de daño, indicando el caso 677 F.2d pp. 180 ss., (2d Cir. 1981) donde la canción original y la parodia se ejecutaron en público y se vendieron como grabaciones; el demandante no presentó pruebas de daños reales y pretendía obtener los beneficios del demandado y los «*statutory damages*». Lógicamente, donde exista riesgo de desviación de clientela existirá un indicio claro de confusión y por ende, de no existencia de parodia sino de simple copia; v., SCHMIDT, RIDA, vol. LXXXIV, (1975), p. 93., LUCAS/LUCAS, *Propriété littéraire*, p. 274.

⁶² La parodia por definición implica imitación WINSLOW, *South. Cal L. Rev.*, vol. 69, n.º 2, 1996 p. 769; es más requiere una copia sustancial, ya que la parodia no será eficaz si el público no reconoce la obra parodiada. Aquí es lógicamente donde aparecen los problemas con los derechos de exclusiva.

⁶³ Como ya indicaba LUSTIG, *La parodia*, pp. 78-79: «*sicché la buona riuscita della caricatura non porta pregiudizio all'originale, anzi, prolunga talvolta il successo*».

y escasa difusión de la parodia⁶⁴. En definitiva, como vimos, la parodia tiene en su esencia la gratuidad, ya que de lo contrario, el pago de cualquier tipo de licencia al autor original desincentivaría este tipo de crítica valiosa (v., *infra* 3)

b) Pero es que por lo que respecta al daño moral del autor, la situación es ambivalente: como ya se ha dicho, sólo se parodian las obras de éxito, es decir, sólo se parodia a los autores populares; en tal caso, la parodia puede ser considerada fácilmente una forma de reconocimiento social —y el precio que se paga por ello— más que como una forma de escarnio. En cualquier caso, no nos parece que el art. 39 LPI sea la sede adecuada para regular esa materia. Si la parodia —o una sátira, o una contrafacción que no sea parodia en el sentido aquí contemplado— produce un daño moral previsto por la legislación común, sea la de protección al honor en la vía civil o la misma por vía penal, será allí adonde haya que acudir, sin que los arts. 39 y 40 bis LPI añadan nada⁶⁵. Y por otro lado, si lo que se plantea es la aplicación de los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual dedicados a la salvaguardia de los derechos morales de autor, en particular, el referido a la interdicción de distorsiones o alteraciones de la obra, la alegación será en vano (art. 14.4 LPI, atentado a la integridad de la obra «que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación»). Si a la vista de lo antecedente resulta que la obra en cuestión es una parodia, y no otro tipo de derivación comico-satírica, no serán de aplicación las normas relativas al derecho moral de autor. La razón parece clara; se está ante un uso autorizado de la obra del autor que constituye, a decir de la propia Ley de propiedad intelectual, un límite a sus derechos (Tit. III, Cap. II LPI). De otro modo, y supuesto que la parodia busca ridiculizar al autor y exagerar los —supuestos— defectos o excesos de la obra, todas las parodias po-

⁶⁴ Así, por ejemplo, WINSLOW, *South Cal. L. Rev.*, vol 69, n.º 2, 1996, pp. 785-786, cita algunos supuestos de parodia: como «*Superman*», «*Batman*», el programa de televisión «*Miami Vice*», etc., apuntando que quienes han obtenido ya generosos ingresos gracias a su éxito no necesitan controlar a los parodistas para obtener más.

⁶⁵ Aquí, autores como ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor*, p. 141, y DÍAZ ALABART, *Comentarios*², p. 684, hacen referencia a daños en el honor del autor, perseguibles por vía penal o privada LO 1/1982. Eso pone de manifiesto lo innecesario de una previsión en ese sentido, ya que en todo caso el parodista está sujeto a los tipos de injurias y al respeto al honor, intimidad y propia imagen del autor de la obra original. Uno de estos supuestos se puede ver en la sentencia del Tribunal Supremo alemán 11-III-1993, GRUR, 1994, p.205; donde los creadores de Asterix consideraban atacado su derecho a la personalidad al ser presentados en ella, a su parecer, como pederastas que tentaban a un Obelix niño con jabalíes de chocolate. A nuestro juicio, eso excedía con mucho el uso social admisible en la caricatura (art. 8.2 b LO 1/1982). Del mismo modo, BMW alegó el ataque a su derecho a la personalidad en el caso «*Bumms Mal Wieder*», donde se utilizaban las iniciales de la marca para hacer un juego de palabras pornográfico, entrando así en el espinoso tema del derecho al honor de las personas jurídicas (v., A. RODRIGUES, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Barcelona, 1997, y sobre este caso *infra* IV). En Francia, FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, p. 304, es claro en ese sentido: se entienden traspasados los límites de las leyes del género cuando se ataca el honor o la reputación de la persona parodiada, si bien en tales casos, indica, la vía no es tanto la de sostener la ilicitud de la parodia como la de alegar una pura y simple violación de los derechos de la personalidad del autor. En el mismo sentido, v., HEFTI, *Die parodie*, p. 113.

drían ser neutralizadas con facilidad con la simple alegación del derecho del autor a la integridad de su obra⁶⁶.

3. Un último punto suscitado en nuestra doctrina es si el autor de la obra original tiene algún *derecho patrimonial sobre la obra resultante de la parodia*. Ya se argumentó anteriormente que, en primer lugar, ningún derecho tiene el autor a recibir una regalía o canon por el uso que el parodista hace de su obra. Lo que se plantea aquí es si sobre o en atención a los beneficios del parodista el autor de la obra original debe venir remunerado; es decir, si la libertad de uso a efectos de parodia se debería instrumentar a través de un régimen de licencia forzosa a favor del parodista que asegure al parodiado una remuneración económica. Y a nuestro juicio la respuesta ha de ser también negativa. En primer lugar, por los importantes problemas de cálculo que eso supondría y la desincentivación a que llevaría el pagar una licencia⁶⁷. Por otro lado, no creemos tampoco ver enriquecimiento injusto del parodista en este caso, entre otras cosas porque la remuneración que obtiene lo es de una obra artística sobre la que ha vertido su ingenio y creatividad, siendo diferente aunque referencial (v., *supra* II.2 c))⁶⁸. Y téngase en cuenta la noción restrictiva de parodia que estamos manejando: la de una parodia antitemática, no toda transformación hecha con cualesquiera fines. No cabe en consecuencia traer una analogía del art. 33.1 LPI en cuanto a la remuneración, ya que tal norma se refiere a la toma pura y simple en su literalidad de trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por medios de comunicación, y aquí se trata de una obra artística *a se stante*, aunque referencial. No hay, por otro lado, expolio alguno del

⁶⁶ Por todos, v., entre nosotros M. GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1994, pp. 187-188. Es terminante en este sentido HESS, *Uhreberrechtsprobleme*, pp. 162 ss., P.W.HERTIN, FROMM/NORDEMANN *Uhreberrecht*⁹, § 14, RdNr. 19, etc. En el mismo sentido, en Francia, se pronuncia FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, pp. 305-306 al sostener que está en la naturaleza misma de la obra el atacar la obra original; sólo cuando se sobrepasen las leyes del género y se ataque el honor del autor será posible alegar los derechos morales del autor, pero no por la vía de la propiedad intelectual sino por las vías de protección de dicho derecho a la personalidad y al honor. No obstante, parece admitir la vigencia del art. 14 LPI, DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*², p. 678, al sostener que «la ilicitud de la parodia que infiera daño a la obra original o a su autor entra dentro del derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, alteración, etc., que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (art. 14.4 LPI)». En el mismo sentido, afirma la vigencia del art. 14 LPI SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, pp. 494-495, si bien, a la vista de la esencia burlesca de la parodia, concluye por afirmar que esa norma sólo se aplicaría «en aquellos casos en que la labor del parodista ponga de manifiesto su particular encono hacia el autor parodiado o su obra». Sobre el menoscabo a la reputación del autor y su derecho moral v., el tratamiento de M.^a P. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral del autor con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, 1998, pp. 286 ss.

⁶⁷ Así se expresa, p.ej., FRANÇON, *Le droit d'auteur*, vol. 101, 1988, p. 305, quien concluye afirmando que puesto que la justificación de la parodia es su carga crítica, esta finalidad se sirve más efectivamente con el régimen de gratuidad actual.

⁶⁸ Habla de «enriquecimiento injusto» del parodista DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*¹, pp. 600-601, y en «La parodia en la nueva ley de propiedad intelectual», en *Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 193 ss., p. 209, propugnando una aplicación analógica del criterio del art. 33 LPI en cuanto a la remuneración del autor originario. No obstante, esa calificación tan dura desaparece en el tratamiento del tema en la segunda edición (1997) de los comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.

autor original que, como ya se ha dicho, ocupa un espectro distinto de mercado y además, ha obtenido ya los beneficios de pionero en el mercado (v., *supra* 2 a)). En definitiva, y en cuanto obra derivada (v., *supra* II 2 c)), los beneficios han de corresponder a su autor, sin perjuicio de los derechos del autor del original, que en este caso habría de tener en cuenta el grado de aportación propia del parodista (art. 21.3 LPI).

4. En consecuencia, la Ley de propiedad intelectual permite sobre una amplia base el derecho a parodiar. Probémoslo con *un supuesto imaginario*: una marca de chocolate decide lanzar un tipo de helado de nata cubierto por una capa de chocolate negro; en la publicidad decide incluir, junto a una señora vestida al estilo medieval la expresión «¡Qué corazón tan blanco!». ¿Podría frente a esto el autor del libro «Corazón tan blanco» —a su vez una cita de Macbeth— emprender algún tipo de acción legal? No cabría cuestión en cuanto a que el título de la obra se protege como parte de la misma, y en ese sentido se debería pasar a cuestionar si ese uso ha sido o no paródico. Debe resultar irrelevante que la parodia sea o no accesible a todo el público, así como, en principio, que el mensaje sea comercial. Ciertamente en este caso el nivel de aportación del parodista es mínimo; de hecho, se limita a aplicar el título apenas retocado a un contexto en el que produce un efecto si no cómico sí al menos gracioso. Pero decisivo ha de ser en este caso que no se ataca en ningún momento ni se critica la obra, su entorno o su autor; simplemente se hace un chiste en relación con un helado, sin que el hecho de que la señora, para un reducidísimo grupo de iniciados, sea una sutil referencia a Lady Macbeth y eso convierta el uso en antitemático. El que no cabe reconocer en este caso ni una mínima referencia objetivamente reconocible o crítica a la obra original es patente, y de ahí que deba contar con el consentimiento del autor para su viabilidad⁶⁹.

IV. LA PARODIA DE LA MARCA

Cuestión relacionada con la anterior es la relativa a la parodia de la marca, especialmente en casos donde el título de un libro o el nombre o figura de un personaje no sólo son objeto de propiedad intelectual sino que además, y acaso para reforzar su protección, han sido objeto de registro como marcas o como modelos o dibujos artísticos. Normalmente, los tratamientos de la parodia se restringen a uno de estos ámbitos, o el de la propiedad intelectual o el de la industrial, pero sin valorar comparativamente los resulta-

⁶⁹ Aunque tampoco se le pueden poner puertas al campo. ¿Se imagina alguien demandando en nuestra Guerra Civil a W. Molders por pintar en su avión un ratón parecido a Mickey, o a unos pilotos republicanos demandados por pintar una copia más o menos fiel de Popeye en la cola de sus Polikarpov I-16 (los famosos «moscas» o «ratas»)? Aunque no es menos cierto que en plena segunda guerra mundial los infames nazis de «Casablanca», para provocar a los clientes de «Rick's», no pudieron cantar la canción «Horst Wessel Lied» —himno del partido nacionalsocialista—, al estar amparada por derechos de autor, resignándose a cantar la «Wacht am Rhein», ya en el dominio público. En cualquier caso, eso fue bastante tanto para que la concurrencia estallase en una emotiva Marsellesa como para que el Capitán Renaud cerrase el bar de Bogart.

dos en uno y otro campo. De ahí que en este lugar pretendamos averiguar si las categorías y resultados de uno son trasladables al otro. ¿Tiene el titular de la marca que soportar la parodia en los mismos términos que el titular de por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual sobre un cuadro?; o si se quiere ¿debe ser distinta la actitud del parodista si lo que parodia es a Mickey Mouse a la que tendría si lo que parodia es la forma de la botella de Coca Cola?; es más, ¿da igual que la parodia de la marca se haga en un cuadro, en unas pegatinas o en un objeto de broma? ¿Y si lo parodiado es un anuncio donde aparece la marca? ¿Podría el autor de dicho anuncio a su vez entender violados sus derechos de autor?

A intentar desbrozar la maraña anterior nos dedicamos a partir de aquí. No obstante, podemos anticipar ya las conclusiones a que llegamos: la parodia —antitemática— de la obra artística se inserta en un mercado de formas, donde reformando lo precedente en un tono cómico se critica y se corrige, en una suerte de confrontación dialéctica; de ahí su admisibilidad. En el caso de la obra artística aplicada, sea como marca o como modelo o dibujo artístico, la parodia se inserta en un mercado de productos y servicios, donde aquélla no se dirige a corregir o criticar una forma, sino que la parodia, siendo en sí misma un producto o contrasignando otros —eso es irrelevante—, se dirige bien a denunciar los fallos de un producto o a criticar la actuación de la empresa que lo fabrica —parodia antitemática— (a), o simplemente hacer reír a costa de la marca, de su forma, colores o letras —parodia no antitemática (b)—. Tanto una como otra quedan justificadamente prohibidas, salvo, en el primer caso, supuestos de uso justificado.

a) La consideración de la marca como catalizadora de reputación hace que las parodias antitemáticas o «*target parodies*», que vierten una información incontestable e irracional al mercado, encuentren un severo freno, a diferencia de lo que sucedía en la propiedad intelectual donde era el mercado de las formas y los gustos artísticos el que estaba en condiciones de juzgar el valor de parodia y original, haciendo que originales y parodias perduren, pasen al olvido o compartan el éxito. El mercado de productos y servicios no tiene esa virtud; por el contrario, su correcto funcionamiento se basa en una información veraz y contrastable (p.ej., arts. 9 y 10 LCD). De ahí la proscripción de este tipo de parodias antitemáticas, cuyo ámbito más propio será el de la parodia de la publicidad del competidor como forma de promoción del propio producto, o bien se producirán en el seno de debates públicos o informaciones donde, como se verá, la información ya está en el mercado, y la parodia simplemente abunda sobre ella, teniendo en este punto un peso considerable la libertad de expresión e información.

b) Pero es que, por otro lado, la parodia no antitemática o «*weapon parody*» tampoco resulta admisible, precisamente porque el art. 12 LCD lo que hace es traducir al ámbito comercial la racionalidad, aunque no la técnica, del derecho de autor en el ámbito artístico; es decir, que nadie se aproveche del esfuerzo ajeno invertido en crear un libro de éxito o una marca reputada. En la Ley de Propiedad Intelectual ese *ius prohibendi* derivaba del derecho subjetivo del au-

tor; aquí eso deriva de una regla de correcto funcionamiento del mercado que el perjudicado puede excitar. Así, del mismo modo que la creación de una parodia que no se encara dialécticamente con el original supone un aprovechamiento del esfuerzo del autor que carece de justificación, tampoco encuentra justificación el aprovechamiento que implican la parodia de una marca que simplemente pretende provocar un efecto cómico alterando o sustituyendo sus caracteres significativos. Se trataría de una simple contrafacción, además normalmente dañina para la imagen pública de la marca, para la que se requerirá en todo caso el consentimiento del titular.

Para justificar lo anterior, partiremos de las expectativas de parodistas y titulares de marcas, percibiendo su sustancial identidad con la lógica de los derechos de autor (1), preguntándonos a continuación si el uso marcario o no de la parodia es relevante, a lo que responderemos negativamente (2). A continuación se considerará la vigencia de los derechos de propiedad intelectual sobre la marca (3), así como la aplicación de las normas estrictamente marcarias y de competencia desleal (4), finalizando con el análisis de las implicaciones y los límites que que en cuanto a la libertad artística y de expresión sugiere la parodia de la marca (5).

1. Por de pronto, nos encontramos con que tanto las expectativas del parodista (a) como las expectativas del titular de la marca (b) son parejas a las que se presentan en el caso de los derechos de autor.

a) En efecto, la razón de parodiar una marca es la misma que la de parodiar una canción, un libro o una película: crear un efecto humorístico o ingenioso a partir de un material que viene dado, que está presente en la sociedad y que en ocasiones encarna todo un modo de vida, de pensamiento o de status social. Eso encaja con la mentalidad del parodista, a quien, en principio, lo mismo le da parodiar un cuadro, que una marca, que el título de un libro: lo que persigue es contrahacer un signo gráfico o textual que por las razones que sea han tenido un calado en la sociedad. Es más, el parodista puede ser perfectamente inconsciente de que está parodiando una marca —por ejemplo, el caso de Superman, un personaje de comic inscrito a su vez como marca—. Piénsese, en ese sentido, en la similitud de la marca con el título de un libro o de una canción (art. 10.2 LPI)⁷⁰. La predilección por las marcas hoy en día se debe sólo a su carácter omnipresente en la vida cotidiana y, por qué no decirlo, a la facilidad y escaso esfuerzo que requiere hacer un chiste a propósito de las mismas.

b) Lógicamente, eso contradice la voluntad del titular de la marca, que teme la posibilidad de que la aparición o la presentación de la marca en una forma inapropiada o de mal gusto pueda disminuir su atractivo comercial, su «fuer-

⁷⁰ Hasta tal punto que en Alemania el título o el nombre de una obra, cuando sea original, se puede proteger tanto por la Ley de Propiedad Intelectual, —sea como obra en sí o sea como parte de la obra que identifica— [§ 2 UrhRG] como por la Ley de Marcas, sea como «Marke» (marca) [§ 3 MarkenG] o como «Geschäftliche Bezeichnung» (nombre comercial) [v., § 5.3 MarkenG]; LOEWENHEIM, SCHRICKER *Urheberrecht*,², § 2, RdNr. 68 ss.

za publicitaria» en el mercado de productos y servicios⁷¹. La marca aparece en el mercado como un trasunto de la empresa y sus productos, estando el signo gráfico en que consiste impregnado de reputación, sin que uno y otra sean separables. Aun cuando se pretenda una burla del signo, la burla trasciende necesariamente a la empresa, generando el peligro de asociaciones burlescas con la parodia cada vez que se vea el producto.

2. Otro punto que considerar es si el hecho de que la parodia de la marca se use o no marcariamente ha de tener o no relevancia en su tratamiento⁷². En efecto, se puede distinguir, en primer lugar, el supuesto en que la parodia de la marca no se use como tal marca; es decir, no se use en referencia o para identificar productos, sino que el producto que se ofrece y adquiere es la propia parodia, bien que en un determinado soporte de importancia secundaria en la decisión de consumo. En este caso, el mayoritario en la práctica, la parodia en sí misma es valiosa y es su posesión la que determina la decisión de compra. Así sucede, por ejemplo, cuando se estampan versiones deformadas de marca en posters, pegatinas, camisetas, etc⁷³. Aún cabría hacer una distinción dentro de este uso no marcario, y es la referente al uso comercial o

⁷¹ De «*Undermining the positive image*» o «*trademark tarnishment*» se habla en el derecho norteamericano como forma de dilución, entendiéndose por «*tarnishment*» «*the use of a mark in a manner that creates an undesirable, unwholesome, or unsavory association with the senior user's mark*». Para un análisis de la evolución del tratamiento de la parodia de la marca en Estados Unidos, desde el test tradicional de confundibilidad al más moderno y consolidado de dilución por vía de «*tarnishment*», v., SHAUGHNESSY, *Virginia L. Rev.* 1986, pp. 1092 ss. y OSWALD, *American Business Law Journal*, n.º 2, vol. 36, 1999, pp. 259 ss. V., por ejemplo, el caso «CANDY LAND», comentado por OSWALD, *ibi*, p. 275, donde se usaba como página de internet «*Candylad.com*», siendo «*Candy Land*» una marca de juguetes; o del mismo modo «*adultsrus.com*» para productos eróticos en relación con la marca de jugueterías «*Toys 'r' us*». Igual sucede en el caso Alice, detalladamente comentado por PORTELLANO, *Imitación*, pp. 577-578, donde una botella de Coca Cola era empleada de forma inadecuada en una película pornográfica.

⁷² Indican entre otros esta distinción entre uso marcario y no marcario de la parodia DAGITZ, *Iowa L. Rev.*, vol. 73, n.º 4, 1988, p. 961, nota 3; SHAUGHNESSY, *Virginia L. Rev.*, vol. 72, n.º 6, Sept 1986, pp. 1076 ss., p. 1081, nota 10, y, entre otros, R.C. DENICOLA, «Trademarks as Speech: Constitutional implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols», *Wis. L. Rev.*, 1982, 158 ss., pp. 189 ss., donde precisamente indica que un uso no marcario de una marca, p.ej., en un poster, puede perjudicarle sensiblemente en su reputación sin por ello afectar su distintividad —aunque como indica SHAUGHNESSY, *ibi*, p. 1090, nota 56, eso puede suceder si no se puede ver la marca sin por eso mismo recordar la parodia. La distinción tampoco es extraña en Alemania, v., a propósito del nombre «*Asterix*», registrado como marca, cómo el T.S. alemán estima que en las parodias allí tratadas no se hacía una «*Kennzeichenmässige Benutzung*» del mismo (GRUR, 1994, p. 201).

⁷³ Tal es el caso, por ejemplo, de unas pegatinas que se ofrecieron en Alemania con la marca «*Lusthansa*» y con colores similares a los de la compañía aérea «*Lufthansa*». La broma radica en sustituir «*Luft*» —aire— por «*Lust*» —deseo— con la designación «*Hansa*» —compañía—, en ambos casos [LG Wiesbaden 12 O 221/80 v. 11.2. 1981=OLG Frakfurt 6 U 49/81 GRUR 1982, 319 y LG Wiesbaden 2 O 150/1981, NJW 1982, 649]. Las pegatinas, sin embargo, no contrasenaban ningún producto; ellas eran el producto. Otro tanto en el caso «*BMW*», donde las iniciales de la «*Bayerische Motoren Werke*» se utilizaron en una reproducción del escudo de la marca con la expresión «*Bums Mal Wieder*» —lo que en jerga de lavabo alemana vendría a ser algo del tono de «*jodamos otra vez*»—. [BGH VI ZR 102/85 3-VI-1986, en ZIP, 1986, pp. 1145 ss., y GRUR 1986, pp. 762 ss.] V., p.ej., en relación con ello BÜRGLEN, *Festschrift für A-C. Gaedertz*, pp. 77 ss. También alemán es el caso de una camiseta con la inscripción «*Adidhash gives you speed*», en referencia

no de la parodia; es decir, a si la parodia trae causa en una finalidad meramente comercial, o si persigue otros fines: por ejemplo, el meramente artístico⁷⁴, el de oponerse a la instalación de una prisión en una antigua instalación olímpica, el criticar el consumo de tabaco, o, en general, el perseguir fines ideales⁷⁵. Esta distinción se considerará más adelante en relación con las implicaciones constitucionales que en cuanto a la libertad de expresión puede plantear el caso. Frente a estos supuestos se sitúa la parodia que se usa como marca, es decir, los casos en que se trata de adoptar como marca de los propios productos una marca ajena, alterada de tal forma que resulte irónica o satírica⁷⁶. En este último caso, las parodias se usan para identificar los productos del parodista; en el primer caso, la parodia es el producto en sí mismo, con independencia de su soporte. A este respecto han de hacerse varias observaciones.

a) Por un lado, se ha de destacar la escasa idoneidad de las parodias para ser usadas como marcas, ya que mientras la marca es de duración tendencialmente

a «hash» o «hachis», y las tres hojas de Adidas convertidas en tres hojas de marihuana [LG Hamburg, Az 315 O 406/90 12-12-1990, GRUR 1992, p. 58 y referido por V.DEUTSCH, «Der Schutz von Marken und Firmen», *Festschrift für A-C. Gaedertz*, pp. 99 ss., p. 101]. En estados Unidos los ejemplos serían innumerables: el poster de las «Girl Scouts» donde una muchacha aparece embaazada y vestida con su uniforme sobre el slogan «*be prepared*» —por cierto, el primer caso de parodia de marca en los Estados Unidos (1969)— [304 F. Supp. 1231]; el poster de «*Enjoy Cocaine*» con los colores y letras de Coca-cola [346 F. Supp. 1183 (E.D.N.Y. 1972)], la película pornográfica «*Debbie se lo monta en Dallas*» donde aparecían unas animadoras con un uniforme significativamente similar al registrado como marca de las «*Cheerleaders*» de los «*Cowboys*» de Dallas [604 F.2d 205], las camisetas con la inscripción «Genital Electric», en referencia a la compañía «*General Electric*» [205 U.S.P.Q. (BNA) 1036 (D. Mass. 1979)], o las que tenían impreso «*Mutant of Omaha*», en referencia a la «*Mutual of Omaha Insurance*» [836 F.2d 397 (8th Cir. 1985) y 488 U.S. 933 (1988)], el caso de las camisetas «*BUTTWISER*» en relación con «*BUDWEISER*» [U.S.P.Q.2d (BNA) 1542 (N.D. Cal. 1996)], etc. V., también la constelación de casos recogida exhaustivamente por J.GRÜNBERGER, «*Rechtliche Probleme der Markenparodie unter Einbeziehung amerikanischen Fallmaterials*», GRUR, 1994, pp. 246 ss.

⁷⁴ Basta pensar en las transformaciones y juegos que el arte pop hizo de todo tipo de marcas, como, p.ej., la de las sopas «Campbell's».

⁷⁵ Se trata de los casos *Stop the Olympic Prison*, [489 F. Supp. 1115], donde en un poster aparecían los aros olímpicos detrás de unas barras como protesta por el proyecto de convertir en prisión la villa olímpica de Ray Brook tras los juegos de invierno de Lake Placid [cit. SHAUGHNESSY, *Vir. L. Rev.*, vol 72, n.º 6, 1986, p. 1097] con la consiguiente reclamación del comité olímpico norteamericano, y los casos de calendarios y anuncios antitabaco alemanes (sobre estos, v., *infra* 6).

⁷⁶ Tales supuestos son conocidos en el derecho comparado; por ejemplo, se pueden citar el del limpiahogar que parodiaba la publicidad de la cerveza Bud en estados Unidos; ésta decía «*Where there's life... there is Bud*» —donde hay vida hay Bud—, mientras que el producto de limpieza utilizaba como marca la expresión «*Where there is life... there's bugs*» —Donde hay vida hay bichos— F.2d 433 (5th Cir. 1962). Similar es, en segundo lugar, el caso «Mars», en referencia a unas barras de chocolate con el slogan «Mars te mueve en el trabajo, el deporte y en el juego», donde un preservativo se presentaba con la misma marca «Mars te mueve» y en el interior del paquete el slogan «en el sexo, el trabajo y en el juego» [LG Bremen 12 O 412/91 v.5.9.1991]. V., p.ej., en relación con ello B.BÜRGLEN, «Die Verfremdung bekannter Marken zu Scherzartikeln», en *Festschrift für A-C. Gaedertz*, München, 1992, pp. 71 ss, pp. 77 ss.]. También en relación a preservativos es el caso «Niveau», donde se presentaban estos productos bajo ese nombre y con la apariencia y colores de la conocida crema «Nivea» [LG Hamburg Az. 315 O 252/91, 11-XI-1991], cit. DEUTSCH, *Festschrift Gaedertz*, p. 101] y el caso NIVEA, donde aparecía la pegatina «*Es tut NIVEA als das erste mal*» en un preservativo [OLG Hamburg, GRUR 1993, pp. 132 ss.]. etc.

indefinida, la vida útil de la parodia es sensiblemente breve⁷⁷. En efecto, la parodia basa su valor en una sorpresa o comicidad iniciales, que precisamente van disminuyendo con el tiempo, a diferencia del renombre de una marca que con el tiempo tiende a incrementarse. Y precisamente por ello la parodia es inidónea para acumular reputación y para ser marca en sentido comercial o de marketing. Raramente una empresa invertirá en crear, fomentar o asegurar la distribución en el mercado de una marca que sea parodia de otra, ya que la parodia nace en sí misma y para el mercado con el germen maldito de ser una obra marginal y parásita. Por el hecho de serlo, la parodia publicita su origen, y ahí estriba su debilidad comercial. La parodia jamás tendrá o podrá asociar los valores o la calidad de que disfruta la marca parodiada.

b) Pero es que, aunque quepa plantearse la posibilidad teórica de un uso marcario para aprovechar el tirón inicial de la broma a sabiendas de que se trata de un arma de un único disparo, tal uso, a nuestro juicio, carecerá incluso, al menos económicamente, de ese carácter marcario. En efecto, aún en estos contados casos la parodia es inidónea como marca, ya que el consumidor, a diferencia de lo que sucede en el caso de una marca original o seria, distingue en estos casos el valor intrínseco del producto por un lado y el de la parodia que lo acompaña y marca por otro. Desde luego, la decisión de consumo se toma por tener el producto con su marca, por ejemplo, para tener un preservativo con la broma acumulada de parecer una barra de chocolate, pero eso es porque la parodia *acompaña* al producto, no porque lo *contraseña*. En realidad, en estos casos, el producto no es más que parte de una broma compuesta por él mismo y por la parodia marcaria. Y eso se demuestra con facilidad en la medida que, cuando se desee adquirir un preservativo con una finalidad seria —es decir, para usarlo—, un consumidor racional preferirá adquirir uno de una marca de calidad acreditada a uno desconocido, por muy graciosa que sea la parodia que lo enfunde⁷⁸.

Esto hace que, económicamente, el uso marcario o no de la parodia sea irrelevante. Lo mismo da que la parodia de la compañía aérea se haga en un paquete de preservativos o en una pegatina: el daño a su titular es el mismo y el ordenamiento debe responder del mismo modo ante estos casos⁷⁹. Eso, por otro lado, se corresponde con el estado de cosas actual en España: una acción por infracción del derecho de marca sólo sería viable de acuerdo con los arts. 31 y siguientes de la Ley de Marcas si la parodia no sólo fuese confundible o aso-

⁷⁷ V., p.ej., S.L. BURR, *Cardozo Arts & Ent. L.J.* vol. 14, n.º 65, 1996, p. 74.

⁷⁸ De hecho, prácticamente todos los estudios en el derecho americano se centran en los usos comerciales pero no marcarios de la parodia, si bien a nuestro juicio es porque en ambos casos el tratamiento ha de ser el mismo.

⁷⁹ No obstante, en Alemania parece que los tribunales son más favorables a censurar los supuestos de uso marcario —casos Mars y Nivea— que los no marcarios —casos BMW y Lusthansa—, por mucho que estos últimos resulten de una potencialidad dañosa para la reputación igual o superior a la de los anteriores. Así, por ejemplo, sólo citan como casos de aprovechamiento indebido de la reputación ajena los dos primeros BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 20.ª ed., München, 1998, UWG § 1, RdNr. 567. V., la crítica de BÜRGLEN, *Festschrift Gaedertz*, pp. 73-74.

ciable con la marca original, sino si además se utilizase para productos idénticos o similares a aquellos para los que se registró la parodiada. Y eso será difícil que suceda en una parodia: recuérdese que ya el art. 39 LPI exige la no confundibilidad como un requisito de admisibilidad —*rectius*, de existencia— de la parodia; y, por otro lado, será igualmente difícil que alguien crea que una marca está parodiándose a sí misma⁸⁰. En consecuencia, tanto si la parodia de la marca se emplea o no marcariamente —y salvo el excepcional caso de una parodia confusoria para productos idénticos o similares— serán las normas sobre leal comportamiento en el mercado las aplicables⁸¹. Supuesto lo anterior, a continuación, para estudiar el tema de la parodia de la marca se partirá de que en la marca existen dos planos diferenciables; el de la marca como creación intelectual y como tal por esa vía protegible, (3) y el de la marca como elemento comercial y por tanto amparable por la vía de la propiedad industrial (4).

3. En efecto, la marca en cuanto pone de manifiesto una creación personal del ingenio es una creación intelectual y artística, normalmente gráfica, y en cuanto tal, susceptible de ser objeto de derechos de autor —y de parodias—. Piénsese en los casos en que personajes de comic se registran como marca —Mickey Mouse, Bambi, Asterix, etc.—, o en el caso de diseñadores de renombre que dibujan mascotas para eventos deportivos —olimpiadas, mundiales de fútbol— o culturales —exposiciones universales—, donde la dimensión artística de tales signos es obvia. Pero incluso en casos menos claros de dosis creativa, la conclusión ha de ser la misma: no existe criterio distinto del que da la Ley de Propiedad Intelectual para negar a una marca la categoría de obra plástica o, en general, de creación intelectual protegible. No parece viable, en el estado actual del arte, el juzgar si un signo tiene sólo valor comercial o si, aparte de ese valor, encierra una relevancia artística protegible⁸². Si nadie estaría en condiciones de negar a un cuadro de Yves Klein la

⁸⁰ Así, por ejemplo, señalaba en Alemania, antes de la entrada en vigor de la MarkenG, la dificultad de que una parodia pudiera ser perseguida por la vía del derecho de marcas GRÜNBERGER, GRUR, 1994, pp. 246 ss., pp. 247-251. En ese momento era necesario, como aquí ahora, un uso marcario, que ese uso fuese confusorio respecto a los productos o su origen empresarial y que hubiese similitud entre los productos. Así, este autor indica que en el caso de los artículos de broma no suele darse un uso marcario (p. 249) y que la similitud entre los artículos suele ser casual (p. 250). La parodia, concluye este autor, (p.251) sólo sería perseguible por el derecho de marcas si, usada marcariamente para productos similares, fuese confundible, lo que sucedería si no se reconociese como parodia o bien se pensase que la parodia proviene del mismo fabricante de la marca sería. A eso hay que decir primero que si no se reconoce como parodia de una forma objetiva no es una parodia; y segundo ¿cómo se puede sostener seriamente que una marca se parodie a sí misma cuando la realidad muestra que su máximo interés es impedir que se hagan?

⁸¹ El OLG Hamburg, GRUR 1992, p. 58., no obstante, consideró en el caso «ADIDHASH» que existía posibilidad de confusión, ya que no sólo Adidas comercializaba esas mismas camisetas, sino por el parecido entre los signos y denominaciones reproducidos, sin que la parodia fuese fácil e inmediatamente reconocible, dado que era en inglés y la forma resultante de la parodia era muy similar.

⁸² No nos atrevemos a entrar de lleno en el tema de las creaciones de forma de carácter industrial y de la atormentada vigencia de los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre las mismas. En general, seguimos a G.BERCOVITZ, *Obra plástica*, pp. 160 ss., con una esmerada exposición del *status quaestionis* en el derecho comparado. Para J.M.OTERO LASTRES, *El modelo industrial*, Madrid, 1977, p.383, sólo debería protegerse por propiedad intelectual los modelos y dibujos artísticos, es decir, aquellos preexistentes y conocidos como artísticos. En contra, ante la

condición de obra protegible no se ve porqué se podría hacer respecto al ameno paisaje andaluz de una botella de aceite⁸³. Sólo en casos palmarios, como las marcas meramente denominativas, cabría negar la condición de obra a efectos de la Ley de Propiedad Intelectual. Y recuerdese que el registro como marca, como dibujo, como ambos o como ninguno es una libre elección del artista titular de los derechos sobre su creación. Se trata, en consecuencia, de creaciones intelectuales, sea su destino industrial causal o sobrevenido, o sea ese destino el de ornamentar o el distinguir, lo que nos lleva a afirmar, a la vista del material legislativo y en defecto de argumentaciones más contundentes, la vigencia entre nosotros del principio francés de «unidad del arte» o de acumulación de protección intelectual e industrial⁸⁴. Es más, la Ley de Propiedad Intelectual habla como objetos de propiedad intelectual de «*obras plásticas, sean o no aplicadas*» (art. 11 e) *in fine* LPI y 190 ss. EPI), si bien en cuanto a la «aplicación» la tentación es la de reducir las a los dibujos artísticos, cosa que a nuestro parecer es un reduccionismo injustificado sin que se vea por qué no han de caber las marcas en el art. 11 e) LPI. En definitiva, ¿por qué no extender sin más a los signos que constituyen marca la dicción del art. 3 LPI, por el cual «*Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con (2) los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra*»?⁸⁵ Manifestación de la existencia de tal plano, sería a nuestro juicio, la evidente posibilidad del creador de «Cobi» —supuesta

imposibilidad de juzgar acerca del carácter de la creación, H.BAYLOS *Tratado de derecho industrial*, 2.ª ed., Madrid, 1993, pp. 798 ss., p. 801, con crítica de los criterios de distinción propuestos, y creemos en esta orientación a R.BERCOVITZ, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Madrid, 1989, pp. 230-231. En Alemania, la protección de la marca por la vía del derecho de autor se hace depender exclusivamente de que la marca cumpla los requisitos previstos en ese ordenamiento para ser considerada obra protegible a efectos de la propiedad intelectual; en el caso de la marca serían las conocidas como «*kleine Münze*»; v., LOEWENHEIM, en SCHRICKER *Urhheberrecht*², § 2 RdNr. 43 y A.WANDTKE/W.BULLINGER, «Die Marke als urheberrechtlich schutzfähiges Werk», GRUR, 1997, pp. 573 ss., pp. 575-576. No obstante, lo cierto es que en Alemania la distinción entre modelo industrial y artístico se basa en el dudoso criterio del nivel de la altura creativa.

⁸³ En Inglaterra, el caso *Schweppes Ltd v. Wellingtons Ltd* [1984] F.S.R. 210, donde una empresa comercializaba espuma de baño tonificante con el nombre «*Schlurppes*», fue decidido sobre la base del «*Copyright infringement*» de ésta última respecto al copyright de la primera sobre la etiqueta «*Schweppes*» para agua tónica. v., PHILLIPS, *The Cambridge L. Journ*, 1984, pp. 245 ss.

⁸⁴ BAYLOS, *Tratado*², pp. 803-805, a la vista de la Ley de Propiedad Intelectual y ante la imposibilidad de encontrar argumentos para negar a los modelos y dibujos industriales la consideración de obras protegibles por el derecho de autor acaba reconociendo la vigencia del principio de unidad del arte.

⁸⁵ Tal vez se nos pueda objetar el famoso caso de la ensaladera, donde una vez caducada la protección por vía de derecho industrial, se alegó con éxito la protección por vía del derecho de autor, como si de una escultura se tratase [cit. Por G.BERCOVITZ, *Obra plástica*, p. 166 y BAYLOS, *Tratado*², p. 802]. Pues bien, nos atrevemos ingenuamente a preguntarnos ¿por qué el diseño estético de una ensaladera, donde tanto ingenio y esfuerzo creativo y original se han podido invertir como los empleados para componer una canción del verano debe tener un plazo de protección inferior —20 años, art. 185 EPI—? ¿O es que acaso su aplicación industrial le priva de legitimidad frente a la venta de millones de CD's con una canción? A nuestro juicio, y siendo en ambos casos creaciones estéticas, las pretensiones de la colectividad de acceder libremente a ellas deberían ser las mismas.

su inscripción como marca— de reclamar daños morales como autor ante una degradante y burda contrafacción no paródica —y por tanto no amparada en el art. 39 LPI— de su obra. Igualmente, se manifestaría ese plano ante el caso de que el creador de un diseño, un dibujo o un personaje de comic viese cómo otro sujeto lo inscribe como marca; el primero sin duda puede reivindicar la marca sobre la base del art. 3.3 LM, ya que ese registro se ha solicitado con fraude de los derechos de explotación del propietario de los derechos de propiedad intelectual, entre los que se han de incluir los relativos a su adquisición de la condición de marca (SSTS. 9-XII-1976, 29-XI-1982, 15-XII-1986, etc.)⁸⁶. En este plano, en consecuencia, las conclusiones relativas a la parodia antes alcanzadas serían perfectamente trasladables: en *este* plano, el creador de «Cobi» no podría alegar daño a su derecho moral de autor ante una parodia antitemática donde el perro, por ejemplo, apareciese buscando piso en la antigua villa olímpica (art. 39 LPI)⁸⁷. Por otro lado, resulta igualmente indudable la existencia de derechos de propiedad intelectual en la obra de los creativos de publicidad que diseñan y crean un anuncio de éxito en prensa o en televisión y en el cual aparece desde luego la marca, hasta tal punto que el anuncio es la marca puesta en pie ante los consumidores⁸⁸. La parodia de semejantes campañas o de concretos anuncios, lógicamente, implica no sólo la de la marca parodiada —que incluso puede no serlo

⁸⁶ V., J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales*, Vol. 1.º, 3.ª parte, Bienes inmateriales, 2.ª ed., Barcelona, 1989, pp. 20-21.

⁸⁷ El titular de los derechos de explotación, al registrar como marca el signo o medio en cuestión está sometiendo un concreto uso —el uso marcario— del mismo a una determinada regulación; ahora bien, donde no llegue ésta última, no hay razón para excluir la aplicación de los primeros. Piénsese en cualquier conocido personaje de comic cuyo registro como marca caducase por falta de uso o a cuyo registro se renunciase ¿podría cualquier persona solicitar su registro o bien prevaledrían los derechos de propiedad intelectual del titular (art. 13 d LM)?, supuesto que el registro del personaje se haga para una clase de productos ¿se podría solicitar para otra distinta? Y téngase en cuenta que esa respuesta será trasladable a la práctica totalidad de marcas en cuanto creaciones del ingenio protegibles como tales (art. 11 LPI). Pues bien, aunque esto nos aleje del objeto inicial de la cuestión, la respuesta a nuestro juicio ha de ser favorable a la vigencia de los derechos de propiedad intelectual. Eso obviamente puede resultar chocante, pero al menos como lucubración teórica no queremos dejar de apuntarla. Eso supondría, por ejemplo, que el titular de los derechos de autor sobre «Cobi» no obstante su caducidad, podría impedir su registro por otra persona; y eso, precisamente lejos de contradecir la función de la marca, a nuestro juicio se corresponde con ella. En efecto, toda marca que ha sido usada y ha gozado de un cierto predicamento ha acumulado una reputación —esa es su función—, de modo que su renuncia o caducidad no la pueden suprimir de golpe; y no parece que haya una especial justificación para que esa reputación residual que todavía permanece en el signo pase sin más gratuitamente al primero que la solicite para sí. Del mismo modo, no parece que exista ningún interés especial en que la marca por caducidad o renuncia caiga en el dominio, común y cualquiera pueda registrarla y usarla, por cierto de modo exclusivo y excluyente. El número potencial de marcas es infinito y si algún interés social hay en todo este asunto es en que haya más marcas —y que compitan entre sí—, no en que se reutilicen las ya existentes. Tal vez se puede ver en lo anterior un intento de extender o de sostener la conveniencia de un *copyright* sobre la marca, pero, aparte de que eso sea lo que está ya instalado en la idea popular y en las aspiraciones de los empresarios, de hecho es a lo que se está llegando por la vía de una aplicación generosa y combinada de la Ley de Marcas y de Competencia Desleal.

⁸⁸ V., art. 90.5 L. 22/19887, y DIAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*², p. 671, donde, aparte del juicio de deslealtad proveniente de las normas sobre competencia, exige el cumplimiento de los requisitos que para la parodia exige la Ley de Propiedad Intelectual.

de forma directa—, sino también y de forma inmediata la parodia de la obra de estos creadores, auténtico trasunto de la marca, y que como tal ha de tratarse (sobre esto volveremos *infra* 5 a))⁸⁹.

4. Ahora bien, sobre ese plano de soporte referido al valor artístico de la obra se encabalga el plano relativo a la propiedad industrial, dado que ése es el destino o uno de los destinos de la creación en cuestión. En este punto, la protección de la marca se suele concretar en el art. 12 LCD, referido al aprovechamiento de la reputación ajena, y en este sentido, se afirma que quien usa una parodia, sea marcariamente o no, está buscando una implantación o éxito en el mercado a costa del esfuerzo que precedentemente otro realizó⁹⁰. No se trata tanto de ridiculizar o de hacer gracia a costa de la marca de otro —que lo es, como propio de toda parodia—, sino de intentar aprovechar con ello la familiaridad con un producto conocido para incrementar las ventas de otro, sea la parodia misma, sea un producto contraseñado por ella⁹¹. En consecuencia, la parodia de la marca supone en todo caso un aprovechamiento —a la vez que normalmente una burla— de la reputación ajena al estar basada en tomar materiales de una obra o de un signo que goza de renombre, implantación y reputación. No de otra forma sucede en el ámbito de los derechos de autor, donde toda parodia es un aprovechamiento del trabajo y la reputación ajena —la del autor y obra parodiada—, lo que sucede es que este aprovechamiento, en el art. 39 LPI, se considera como no indebido, o si se prefiere, como justificado. A los que nos dedicamos a continuación es a determinar si la parodia de la marca se trata de un aprovechamiento indebido o por el contrario justificado.

Pues bien, en la marca en cuanto objeto de propiedad industrial se puede distinguir a su vez un doble nivel: el primero, el originario, sería el de la marca como signo distintivo; es decir, el tradicionalmente protegido por la legislación de marcas, y en este punto nada se tiene que temer por el hecho de que surjan parodias por definición no confundibles con el original. En tanto no se tome la parodia por el original, el derecho de marcas nada tendrá que decir (v., *supra* 2). El segundo nivel, que se trata a continuación, es el apuntado al principio de este trabajo; es decir, el de la marca como recipiente y catalizador de reputación o «Good Will», y aquí es donde la parodia se encuentra con un ámbito blindado que será difícil de superar. En efecto, este ámbito aparece entre

⁸⁹ Así, por ejemplo, en la revista satírica alemana «Titanic» apareció una parodia de los anuncios de una asociación de reciclado de metal; en estos aparecía el slogan «yo era una lata», y en la revista, con una apariencia externa de seriedad, aparecía un crucifijo de latón donde ese mismo slogan salía de la boca del crucificado. Este y otros casos en N.FOLCKERS, «Komik vom Gericht. Eine Dokumentation», en *Was Kostet der Spass?*, [N.FOLCKERS/X.SOLMS (Dirs.)], 1997, pp. 42 y 44.

⁹⁰ Así, PORTELLANO, *Imitación*, pp. 577-578, se refiere a cómo «la Ley de Competencia Desleal ofrece su tutela a la marca renombrada [...] frente a usos no marcarios que supongan un claro aprovechamiento de la reputación ajena y mermen el valor publicitario de la marca», incluyendo tres supuestos: el de los usos erótico-pornográficos, el de las imitaciones paródicas —salvo las amparadas por la libertad de expresión—, y el uso de la marca como elemento decorativo u ornamental. En Alemania, v., por todos GRÜNBERGER, GRUR, 1994, p. 256.

⁹¹ Como tomamos de PHILLIPS, *Cambridge L. Journ.*, 1984, pp. 247-248.

nosotros, como se indicaba al principio, regulado no en la propia ley de Marcas —o si se quiere, defectuosamente regulado—, sino en la Ley de Competencia Desleal. Y aquí, el rechazo de la parodia vendrá por dos vías: la mala fe que supone lanzar al mercado informaciones incontrastables o insidiosas sobre los productos de un tercero a través de la parodia de la marca que los contraseña. En el caso de la parodia antitemática (art. 5 y 9 y 10 LCD) (a), y la del aprovechamiento indebido e injustificado del esfuerzo y la reputación ajenos en el caso de la parodia no antitemática (art. 12 LCD) (b).

a) En primer lugar nos planteamos la admisibilidad de la parodia antitemática, precisamente la única admisible en el ámbito de los derechos de autor, como se ha visto, y aquí es donde quiebra la admisibilidad de la parodia y donde está el núcleo de la cuestión: en la referencia o alusión peyorativa que hace a la marca y, a su través, a los productos, al establecimiento y a la actividad de otro. En efecto, en sede de propiedad intelectual, se admitía la parodia precisamente porque la misma era un elemento de crítica que se insertaba en el proceso dinámico de creación intelectual y artística de una sociedad; si se quiere, se puede decir que aportaba una muy valiosa información al mercado de la creatividad artística. Era un revulsivo y un aviso de navegantes en el mercado de la creación intelectual, mercado que se enriquecía con la aportación del parodista. Esa función justificadora lógicamente falta en sede de marcas y derechos de propiedad industrial. Aquí no es posible separar un mercado de diseño de marcas de un mercado de productos de marca: la marca y los productos que contraseñan son un todo, aunque sólo sea el soporte gráfico o artístico de la marca el objeto de la burla. Y si esto es así, como parece, la crítica que se quiera realizar a la marca, a su titular o a los productos que contraseña debe cumplir una serie de requisitos que permitan al consumidor tomar una decisión de consumo razonable y permitan igualmente al titular de la marca desmentir aquellas aseveraciones que resulten falsas o inexactas. Así se desprende tanto de los requisitos de la denigración para ser lícita como de los términos en que se debe establecer la comparación para ser admisible, para dar al consumidor una información que favorezca una decisión racional: dicha información ha de ser exacta, verdadera, pertinente, relevante, y comprobable. El humor, la sutileza o la insinuación no aportan una información valiosa al mercado de bienes; al contrario, lo enrarecen⁹². El titular de una marca no tiene por qué soportar aquello que sí está obligado a soportar el titular de derechos de autor⁹³. Si se admite lo anterior, resulta claro que la marca daría una protección supe-

⁹² Curiosamente, SHAUGHNESSY, *Vir. L. Rev.*, vol 72, n.º 6, 1986, pp. 1105 ss., indica que la parodia de la marca será admisible cuando vierta información valiosa al mercado sobre la marca y sus productos, que es precisamente lo que rechazamos precisamente por el carácter insidioso y no comprobable del humor y la ironía en este ámbito.

⁹³ Eso sin perjuicio del derecho a la personalidad y al honor de la persona jurídica; del mismo modo que ya se indicó en el caso de la propiedad intelectual a propósito del autor; v., GRÜNBERGER, GRUR, 1994, pp. 256 ss. Así, en el caso BMW, el tribunal de Frankfurt alegó la violación que del derecho a la personalidad (§823 BGB) suponía poner el nombre de la empresa con prácticas sexuales malsonantes. Sin embargo, el BGH entendió que en el ámbito de las empresas, el límite de tolerancia debía ser superior al de las personas físicas en la protección de los derechos de la personalidad, centrándose en aquellas en su mero honor o reputación comercial;

rior al derecho de autor; en éste cabría la parodia —antitemática— como límite; en aquélla, no⁹⁴. En consecuencia, lo que se ha calificado de parodia antitemática vendría derechamente excluida por la racionalidad del derecho de la competencia desleal. Tal vez el supuesto más peculiar de parodia antitemática de la marca sea el que se verifica a través no de la parodia directa de la marca, aunque sea concebible⁹⁵, sino indirectamente, a través de la parodia de las campañas publicitarias o incluso de concretos anuncios de dicha marca por sus competidores. Piénsese en un anuncio de pantalones donde una marca modesta parodia el anuncio de otra marca mucho más potente a base de figuras animadas de plastilina de poca calidad, afirmando que siendo la calidad de sus productos igual que determinado modelo de esa marca, el precio es mucho más barato porque se gastan menos en publicidad. A nuestro juicio, entre la creación publicitaria y la marca que se promociona con la misma existe una intertextualidad inescindible: la una remite a la otra de modo inmediato y casi intuitivo. Como se ha podido decir, el anuncio publicitario es la marca puesta en pie ante el consumidor (v., supra IV 4). De ahí que la creación estética publicitaria no sea susceptible de un tratamiento antitemático —admisible y deseable en el mercado de formas— sin que por eso mismo se produzca un tratamiento antitemático de la propia marca —inadmisible y de mala fe en el mercado de productos—. Y de ahí en consecuencia que, aunque afirmando desde luego el carácter de creación intelectual de las obras publicitarias, las mismas se vean atraídas, por su intertextualidad esencial con la marca a que se refieren, al ámbito de la racionalidad de prohibición genérica de parodia antitemática del derecho de la competencia.

Fuera de lo anterior, como se verá (v., *infra* 5), una parodia antitemática que surja de un modo espontáneo será una *rara avis*; a diferencia de lo que sucede en el derecho de autor, en esta sede rara vez el parodista intentará atacar a la marca, a los productos que contraseña o a la empresa que es su titular sin un motivo concreto o una razón de actualidad. De ahí que el ámbito que estamos tratando sea muy reducido y los ejemplos sean difíciles de imaginar. Más común será que esta parodia antitemática se inserte satírica o críticamente en un debate público en el que se vea envuelta la marca, y en ese punto, la libertad de expresión —y no tanto la artística— hablarán, como veremos, a favor de su admisión.

v., G.BOLLACK/C.F. FRIECHE, «Anmerkung» a la sentencia BGH 3-VI-1986, GRUR, 1986, pp. 762-763. Igualmente se entendió así en la primera instancia del caso «Lusthansa», aunque luego la revisión, precisamente el mismo tribunal de Frankfurt que conoció del caso BMW, lo rechazó por ser en este caso una elaboración y no una simple copia con mínimas variaciones, como en aquél. De hecho, como luego se indica, es este ataque al honor lo que justifica la mala fe y la proscripción de campañas antitabaco centradas en la parodia de una o algunas concretas marcas.

⁹⁴ SHAUGHNESSY, *Vir. L. Rev.*, vol 72, n.º 6, 1986, p. 1102, a lo que trae a colación las palabras de O.W.Holmes al decir que «cuando el common law desarrolló la doctrina de de las marcas y nombres de comercio no estaba creando una propiedad sobre los anuncios más absoluta que la que se hubiera concedido al autor de «Paraíso Perdido».

⁹⁵ Así, por ejemplo, una parodia con soporte de pegatina de la marca «FIAT» donde con cada inicial se construyese la frase «Defectos en todas las piezas», («Fehler In Allen Teilen»), o una pegatina donde se criticase el estilo o el gusto del conductor de determinado modelo de coche marca «Opel».

b) Supuesto lo anterior, cabría entender que, a diferencia de lo que sucede en el derecho de autor, en el ámbito de las marcas sólo resultan admisibles los supuestos de parodia no antitemática; es decir, de parodia que no ataca ni a la marca, ni a su titular ni a su entorno más cercano, sino a otras circunstancias sociales o, más simplemente, busca una intención jocosa. En tal caso, el titular del derecho de marca no podría oponerse a la parodia ya que no resulta afectado su plano reputacional en el ámbito estrictamente comercial, siendo admisibles por inocuas las parodias que no supongan una afectación objetiva de la racionalidad en la toma de decisiones por parte del consumidor. Los casos «Bumms Mal Wieder», o «Genital Electric» no atacarían la reputación comercial o industrial de esas marcas, como manifiesta que nadie deje de usar un BMW por la famosa pegatina o cambie de frigorífico por la devenida genitalidad del que hasta ahora tenía; La parodia, se diría, vive en un plano de marginalidad y mal gusto muy lejano al plano donde se desarrolla la vida comercial de la marca, sin llegar a salpicarla con sus connotaciones vulgares o soeces. Como se ha tenido ocasión de decir, la única reputación que se mancharía con eso es la del que se atreve a llevar una pegatina de ese talante⁹⁶.

Pero es que, a nuestro juicio, el dato clave no está tanto en la asociación de la marca con productos de mal gusto, pornográficos o contrarios a la imagen de la marca —el «tarnishment» o daño a la marca—; la parodia puede perfectamente no producir esa asociación, aunque sea lo habitual, y a pesar de ello resultar inadmisibile⁹⁷. En efecto, el parodista utiliza ese material original de un modo valorativamente idéntico a como lo hace en sede de propiedad intelectual; tal vez de forma más simple, ya que la parodia de una marca es más fácil que la parodia de una novela, una película o una canción. Y no sólo el uso es similar, sino que la actitud del parodista, como ya lo apuntamos, es también la misma: aprovechar el trabajo ajeno en la creación y difusión de una obra o una marca para realizar su propia creación intelectual —ya que la parodia de la marca a su vez estaría protegida de ser admisible por la Ley de Propiedad Intelectual—. Ese aprovechamiento sólo es admisible en la medida en que venga justificado, justificación que se construye en el derecho de autor como un límite a la propiedad intelectual del autor; ciertamente, ni el derecho de marcas ni el derecho de la competencia desleal conceden un similar derecho subjetivo de «copyright» al titular de una marca, pero el correcto entendimiento del art. 12 LCD lleva a conceder a aquél un ámbito protegido en torno a las versiones realizadas en reputación⁹⁸. No tendría demasiado sentido conceder

⁹⁶ Así lo dijo el Tribunal Supremo alemán en la sentencia del caso «Bumms Mal Wieder» (4 c II), GRUR, 1986, p. 761.

⁹⁷ Piénsese en el caso de los ferrocarriles alemanes, que se publicitaba con un anuncio donde aparecía un tren atravesando la nieve con la leyenda: «*Todos hablan del tiempo, nosotros no*»; una parodia de este anuncio aparecía con unos políticos sosteniendo unas armas con la leyenda «*Todos hablan de paz, nosotros no*». Partiendo de que parodiar la publicidad de la marca equivale valorativamente a parodiar la propia marca, se podría pensar que la «*Deutsche Bahn*» no se ve afectada en absoluto por esa parodia, ya que ni es ofensiva ni de mal gusto, ni sexual, etc. Y sin embargo, como se verá, nos parece claro el aprovechamiento del material ajeno que hace el parodista.

⁹⁸ V., a propósito de la justificación del art. 12 LCD las acertadas observaciones de MONTEAGUDO, *Marca renombrada*, pp. 253 ss. Precisamente este autor, en pp. 273-274, y en referencia a los casos de sátiras o parodias, indica su inadmisibilidad si el «*recurso al signo persigue primordialmente aprovechar su*

una marca a un empresario e invitarle sobre la base de esa titularidad a hacer inversiones en la misma, para que a la postre cualquiera pueda oportunista-mente beneficiarse de ellas poniéndolas en entredicho y enturbiando la imagen que el titular quiere —y ha pagado— para su marca⁹⁹. Si en el mercado de las formas artísticas no había razón para tolerar eso, tampoco la hay en el de los productos, máxime si como será lo normal, el efecto cómico se logra con un chiste grosero o una asociación de mal gusto¹⁰⁰.

En ese punto, se ve cómo la protección del art. 12 LCD coincide en sus resultados prácticos y valorativos, como no podía ser de otra forma, con la del art. 3 LPI, que recordemos afirma la vigencia independiente y acumulable de los derechos del artista plástico sobre su obra, sin perjuicio de los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la misma. Así, no sería impensable que se acumulasen acciones contra una parodia no antitemática de la marca, aislada o en el marco de un anuncio donde se integre, tanto por el titular de los derechos de propiedad industrial por vía de competencia desleal como por el titular de los derechos de autor por vía de propiedad intelectual.

5. En cuanto a la eventual alegación de libertad artística y de expresión del parodista, debemos incidir sobre lo ya adelantado a propósito de la parodia en sede de propiedad intelectual: el parodista tiene derecho a expresarse libremente, pero eso no significa que pueda expropiar al titular de derechos subjetivos morales y patrimoniales para hacerlo. Como allí se decía, el parodista no puede tomar sin más los lápices para hacer su parodia; tiene que comprarlos (v., *supra* II 3)¹⁰¹. Eso implica que el uso de la marca con finalidades no anti-

atractivo para obtener una mejor introducción en el tráfico) (lo que hemos llamado parodia no antitemática o «weapon parody») frente a los supuestos en que el empleo del signo «está abiertamente subordinado a la manifestación crítica o satírica» (lo que hemos llamado parodia antitemática o «target parody»).

⁹⁹ Así, tanto en el caso «Mars» como en el caso «Nivea» —marcas renombradas usadas en paquetes de preservativos—, la jurisprudencia alemana consideró la existencia de «Ausbeutung fremdem Ruf» [v., BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*¹⁹, § 1, RdNr. 560; K.-H. FEZER, *Markenrecht*, München, 1997, § 14, RdBr. 436, 437 y 439. V., además, por ejemplo, el caso «OSSI PARK», aparecido en la revista satírica «Titanic». Aquí se trataba de reproducir exactamente el diseño de la publicidad de «JURASSIC PARK», solo que con ligeras modificaciones; de un lado, aparecía, en lugar de «A Steven Spielberg production» la mención «A Helmut Kohl production»; en lugar de «Jurassic Park» la expresión «Ossi Park» —«Ossi» es la expresión vulgar para los alemanes del este—, y finalmente, en lugar de «Una aventura que empezó hace millones de años», la expresión «una aventura que empezó hace 1388 días» —desde la reunificación—. Además, el dinosaurio aparece devorando dinero, en alusión al coste de dicha reunificación. La revista no sólo publicó este anuncio sino que solicitó su registro como marca y lo imprimió en carteles, postales y camisetas. Ante la reclamación de la productora de la película y titular de la marca, la revista retiró la solicitud de marca y los productos anteriormente dichos. [v., el original reproducido en FOLKERS, «Komik vom Gericht», en *Was kostet der Spass?*, p. 44].

¹⁰⁰ En ese sentido, no es tanto que el «tarnishment» de la marca justifique su prohibición; el «tarnishment» será el efecto normal o habitual de la parodia, pero no es exclusivo de ésta, sino que se puede dar en supuestos más clásicos de aprovechamiento de reputación —p.ej., una pésima bebida anunciada sobre el capó de un coche de lujo—. Por ejemplo, nos parecen equiparable estos comentarios dirigidos en una discusión de tráfico al propietario de uno de estos coches: «Pues vaya, si el coche es tan malo como la bebida, lleva un mecánico de copiloto» —caso Rolls Royce— a «Qué, sábado sabadete, deja el coche y a mover el ...» —caso BMW—.

¹⁰¹ Precisamente, como se verá, es la relación entre la parodia de la marca y la libertad de expresión una de las mayores preocupaciones de la doctrina americana sobre la materia; v., p.ej., M.V.B.

temáticas, es decir, como simple material para crear una obra derivada a partir de ella no puede en ningún caso encontrar amparo o justificación en el derecho fundamental del art. 20.1 d) CE. Aunque el titular de la marca no tenga una titularidad como la del autor de la obra, no tiene tampoco por qué sufrir los ataques del artista; eso sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual que se puedan esgrimir sobre la marca como obra artística, como será en la mayoría de casos. Mayores dudas plantea a este respecto la parodia antitemática de la marca. No se puede olvidar que tanto las obras, signos o medios protegidos tanto por la propiedad industrial como intelectual están presentes en la vida y en la experiencia común, y la facultad de las personas de expresar sus ideas sobre esa experiencia no puede prescindir de hacer referencia a dichas obras o signos¹⁰². En ese sentido, no le es exigible al parodista renunciar a usar esos medios; eso sería no tanto prohibirle robar lápices, en lo que todos estaríamos de acuerdo, como impedirle que los utilice, lo que resultaría inaceptable. La cuestión es determinar cuándo sucede eso.

A nuestro juicio, eso sucederá siempre que la parodia, siendo antitemática, no vaya dirigida causalmente a afectar la decisión del consumidor; es decir, cuando el mensaje ya esté asimilado por el mercado, de modo que la representación paródica de la marca no influya sobre la decisión de consumo. La causa de la parodia no es atacar a la marca; la marca es atacada porque se relaciona y se pone en la línea de ataque de otros fines. En efecto, eso sucede precisamente porque como se verá a continuación, la intertextualidad de la parodia en estos casos es especial, ya que sólo se establece con la marca indirectamente; su intertextualidad se establece inmediata y causalmente con otros fines de índole ideal o artística, casos de la parodia de marcas en relación con su relevancia social o cultural (a) o bien esa intertextualidad causal se establece con noticias de actualidad o debates públicos (b). Desde un plano constitucional, la perspectiva sería, en consecuencia, no tanto la de la libertad artística como la de expresión, supuesto que la marca aparece en un ámbito público y no puede por ello sustraerse a la crítica; desde el derecho civil, traduciendo la alegación de libertad de expresión a términos jurídico privados, se diría que en tales casos, el parodista puede hacer su trabajo sin preocuparse de si es o no una marca, ya que tales parodias se entenderán justificadas por estar realizadas sin causa concurrencial, lo que excluiría la aplicación de la Ley de Competencia Desleal (art. 2.2 LCD). Donde no parece haber ningún tipo de justificación constitucional o privada a favor de la parodia es en el caso de la parodia no antitemática; es decir, en el terreno de la contrafacción (c).

a) Las marcas no son un simple medio de acumular reputación o de identificar productos; a menudo trascienden ese papel y son un producto social, una

PARTRIDGE, «Trademark Parody and the First Amendment; Humor in the Eye of the Beholder», *John Marshall L. Rev.*, n.º 29, 1996, pp. 877 ss.; DAGITZ, *Iowa L. Rev.*, vol. 73, n.º 4, 1988, pp. 961 ss., SHAUGHNESSY, *Virginia L. Rev.*, vol. 72, n.º 6, Sept 1986, pp. 1076 ss., etc, que tendremos ocasión de examinar más adelante.

¹⁰² PORTELLANO, *Imitación*, p. 578, quien indica que «En cualquier caso, no podrá predicarse la deslealtad de la imitación paródica que constituya una manifestación de la libertad —constitucionalmente amparada— de expresión». No obstante, no indica los supuestos en que eso será así.

realidad tangible del mundo que llega a representar en el mismo un papel simbólico de gran relevancia. En ese sentido, en cuanto símbolos no ya de un producto o línea de productos sino de un estilo de vida o de una forma de entender el mundo, las marcas no pueden quedar sustraídas al instrumentalario del creador y mucho menos del crítico. En este sentido, se puede decir que la marca pasa a un «dominio público» cuando la misma no ya es renombrada, sino, diríamos, simbólica. Es decir, que no hay un aprovechamiento indebido o una denigración, sino un aprovechamiento inevitable¹⁰³. Un suburbio de una ciudad latinoamericana, visto deformadamente a través de los colores y las formas de una botella de Coca-Cola, donde gracias a ese filtro verdoso todo el mundo aparece con una exagerada sonrisa, no parece una obra que haya de poder ser atacada por violar la susodicha marca. La marca entra en el acervo cultural y artístico de un pueblo y no le puede ser sustraído sin por ello atacar la libertad de expresión de ese mismo pueblo en relación con la realidad que le rodea. En ese sentido, la marca tendría un límite constitucional implícito sumado a los legalmente previstos en la Ley de Marcas, de modo que el artista en general y el parodista en concreto deben poder crear a partir del Gernika como trasunto de la sociedad española de una época o de la Coca-Cola como símbolo de la sociedad americana u occidental del bienestar. Dentro de lo anterior cabría incluir la persecución de fines estrictamente ideales y en cuanto tales de valor social, como campañas en contra del uso excesivo del automóvil, del tabaquismo, de los abrigo de pieles de animales en peligro de extinción, pero también de simples intereses artísticos, por ejemplo, en obras plásticas¹⁰⁴. Ahora bien, ese derecho debe ejercitarse en todo caso siempre de buena fe. Lo que no resulta de recibo es tomar una marca y, sin que esta tenga un especial valor simbólico frente a otras de su misma clase y sin ninguna causa de las que se verán *infra sub b*, dirigir contra ella ataques que deberían ser propios del género¹⁰⁵. Eso resulta nocivo en cuanto puede crear la imagen de que esa particular marca es especialmente merecedora de la crítica o del reproche

¹⁰³ En este sentido, v., p.ej., MONTEAGUDO, *Marca renombrada*, pp. 271-272, que excluye en estos casos todo tipo de causa concurrencial.

¹⁰⁴ En este sentido se suele colegar la libertad de expresión con el lenguaje o uso no comercial de la parodia, si bien no es del todo claro qué haya que entender por uso comercial. Esa expresión ha tenido éxito en los tribunales norteamericanos, donde el carácter de «commercial speech» de la parodia, en cuanto opuesto a «artistic expression» determina la inadmisibilidad de dicha excepción; v., PARTRIDGE, *J. Marshall L. Rev.*, vol. 29, pp. 861 ss. Así, el § 43 (c), (4), de la «Lanham Act», modificado según la «Federal Trademark Dilution Act» excluye su aplicación en el caso de un (B) «non commercial use of a Mark» y (C) «All forms of news reporting and news commentary». Si la asociación antitabaco pone a la venta sus pegatinas ¿es eso un fin comercial? ¿Y si el artista vende su cuadro en millones? A nuestro juicio, la ausencia de finalidad comercial es reconducible a la causa por la cuál se crea la parodia. Si esa causa se encuentra en fines no comerciales, es decir no se hace como parte de la explotación de una empresa, la finalidad será abiertamente no concurrencial. Posiblemente la alegación del derecho a la libertad de expresión cede cuando la parodia se inserta en un lenguaje comercial, y ello porque en ese caso no es para la libre expresión de ideas para lo que se solicita amparo, sino para la libertad de iniciativa económica y la libre empresa.

¹⁰⁵ Véanse los casos de calendarios y anuncios antitabaco alemanes *Mordoro* [BGH VI ZR 246/82, 17-IV-1984, GRUR 1984 p. 684], «Gosses Mordoro-Poker!», es decir, «¡Gran poker Morodoro!: úlceras de estómago, infarto y cáncer de pulmón» y *Camel* [en este caso, mientras que una campaña antitabaco donde se contrahacía la marca fue prohibida en 1975 por el LG Köln 78 O 294/75, 10-X-1975 —aparecía un camello fumando y la leyenda —«¿Ahora caminará muchas millas más?»—,

del parodista, sobrepasando lo admisible por un ejercicio de buena fe de esa misma libertad¹⁰⁶.

b) Otro tanto viene a suceder en relación con las marcas pertenecientes a empresas implicadas en debates o noticias de actualidad. La cuestión queda zanjada con la alegación del carácter no concurrencial de la parodia, en el sentido de no tener su causa en la promoción de los productos o servicios propios o de terceros. Impedir la parodia de la marca en estos casos, casos en que por cierto es posible ni siquiera tener conciencia de que se trata de una marca —los aros olímpicos, por ejemplo— sería, por seguir con la metáfora, estar quitando el lápiz a la persona que quiere manifestarse o informar sobre el tema; y eso es así porque en tales casos, la intertextualidad de la parodia no se plantea con la marca, sino con los hechos de los que ella es parte. Así, si, hipotéticamente, apareciese el escudo y marca de una compañía de petróleo personificado entre rejas y con una pinza en la nariz como consecuencia de la comisión de un delito ecológico no debería resultar en absoluto empañada la imagen de esa empresa; sería el vertido lo que la habría empañado previamente¹⁰⁷. Prueba de eso es que, desaparecida la noticia, desaparecida igualmente toda la referencialidad y la eventual amenaza o perjuicio de la parodia¹⁰⁸.

cinco años más tarde ese mismo tribunal negó su protección a esa misma marca ante un caso similar [LG Köln 28 (78) O479/80] —«Hay que ser un camello para andar millas por conseguir un cigarillo», expresión que parodiaba la de la publicidad «Camino millas por un Camel»— sobre estos casos, entre nosotros, v., PORTELLANO, *Imitación*, p. 579, y MONTEAGUDO, *Marca renombrada*, pp. 270 ss.].

¹⁰⁶ No es admisible tomar a uno por todos; v., C.MOENCH, «Die Bedeutung der Meinungsfreiheit bei Eingriffen in geschützte Rechtspositionen», NJW, 1984, pp. 2920 ss., P. 2924, a propósito del caso «Mordoro», donde sin embargo se admitió esa excepción, y la sentencia 4 Ob 48/88, 13-IX-1988, del Tribunal Supremo austriaco sobre el caso «Camel» —el mismo que el alemán; «Nur ein Kamel geht meilenweg für eine Zigarrete»— [GRUR 1994, pp. 327-328], donde recogiendo la opinión de Moench, no se admitió esa excepción de libertad de expresión y finalidad ideal por el daño singularizado que injustificadamente se causaba a una concreta marca de cigarrillos.

¹⁰⁷ Precisamente en este sentido, la sentencia que resolvió el caso de uso de los aros olímpicos detrás de unos barrotes de prisión, parodia originada por la decisión de convertir en prisión una antigua villa olímpica, declara: «si el póster implica al Comité Olímpico de Estados Unidos, eso es sólo porque los propios hechos lo hacen»; [489 F.Supp., 1115], párrafo citado por SHAUGHNESSY, *Vir. L. Rev.*, vol. 72, N.º 6, [1986], p. 1097.

¹⁰⁸ Así sucede a nuestro juicio con el caso «Mc Donald's», verificado, cómo no, en la revista satírica «Titanic». La sátira aparecía bajo la susodicha marca como un comunicado de prensa de la cadena de restaurantes a la revista, donde se podía leer: «Desde el 1 de junio hemos preparado a nuestros clientes una nueva oferta sorpresa. Nuestra apreciada «bolsa dino-junior», con las figuras de Jurassic Park, será sustituida por una serie de figuras de otra película de éxito de Steven Spielberg. En todas las filiales alemanas de Mc Donald's encontrarán a partir de ahora: // El «Happy-Jew-Menu». // Consiste en una hamburguesa de queso (con buey 100% Kosher), una ración pequeña de patatas fritas y una bebida a elegir. Como sorpresa, cada bolsa del «Happy Jew Menu» contiene 3 «Happy Jews» de látex. Un enorme placer para grandes y pequeños coleccionistas, ya que hay más de 1200 figuras. // El «Yellow-Star-Cheeseburger». // Es el no va más de Mc Donald's: una loncha de sabroso queso cheddar con forma de estrella da a la más apreciada comida un toque especial. El material de embalaje de todos los productos Mc Donald's es desde luego 100% reciclable, y durante la duración de esta promoción estará impreso con el original emblema «Schindler List». Una comida que no sólo gusta sino que hace pensar. Por favor, faciliten esta información a su servicio de publicaciones. Para acalaramientos dirijanse a nuestro centro de prensa». [v., el original reproducido en FOLKERS, «Komik vom Gericht», en *Was kostet der Spass?*, p. 45]. Con independencia del dudoso gusto de lo anterior —aunque también es dudosa la perspectiva del director; v., al respecto las observaciones de T. Cole, *Images of the Holocaust*,

c) Finalmente, de lo anterior se desprende que no existe interés público ninguno en la creación y divulgación de parodias de marcas sin finalidad antitemática. Lo dicho a propósito del derecho de autor resulta aplicable, aunque, como ya se ha dicho, en este caso no exista un derecho subjetivo como en aquél supuesto sino una motivación de tipo concurrencial, fomentando el propio esfuerzo en el mercado.

CONCLUSIÓN

La parodia cumple en el mercado artístico una función crítica, enfrentándose dialécticamente con el original; este mercado de formas reacciona positivamente a este estímulo, como a otros de carácter crítico, y se sirve de él para depurar estilos, obras y autores. De ahí su general admisión por el art 39 LPI y de ahí igualmente su restricción a la parodia antitemática, es decir, a la que se dirige a criticar el original. Por el contrario, las parodias no antitemáticas, que simplemente toman material ajeno para fines que nada tienen que ver con la obra original son simplemente obras derivadas sujetas a la autorización del titular. Ninguna implicación por tanto encierra la libertad artística, suficientemente amparada en este punto por el art. 39 LPI, que permite un uso libre y gratuito de la obra ajena. En el caso de la marca, por el contrario, nos encontramos en un mercado de productos donde lo anterior se ha de matizar. De un lado, la misma racionalidad anterior se encuentra en la parodia no antitemática: se trata de una simple toma de materiales creados y desarrollados por otros en beneficio propio, y en ese sentido, las reglas de una competencia basada en el esfuerzo propio deben rechazar esas prácticas (art. 12 LCD); en ese punto, coincide exactamente con la protección que el derecho de autor concede al creador de la marca o del anuncio publicitario en que la misma aparece (art. 3.2 LPI). De otro lado, y a diferencia de lo que sucede en el mercado de las formas artísticas, la parodia antitemática de la marca, especialmente a través de la parodia de su publicidad, será inadmisibles por verter al mercado de productos informaciones incontrastables y potenciadas peligrosamente por el

Cambridge U.P., 1999, pp. 73 ss., S.R. HOROWITZ, «The Cinematic Triangulation of Jewish American Identity», en H. FLANZBAUM (Dir.), *The Americanization of the Holocaust*, Baltimore-London, 1999, pp. 142 ss., p. 161; y, en general, Y.LOSTHITSKY (Dir.), *Spielberg's Holocaust: Critical Perspectives on Schindler's List*, Indiana, 1997- es obvio que, y especialmente produciéndose en Alemania, se trata de una sátira antitemática, dirigida a la política de la cadena de hamburgueserías de promocionar sus productos con ofertas de comerciales películas de éxito y no una befa o escarnio del pueblo judío —que, por cierto, no reclamó a través de sus asociaciones en este caso—; la cuestión es clara; lo que pretende denunciar la sátira es que si Mc Donald's aprovecha el tirón de las películas de éxito ¿por qué no hacerlo también con la película más taquillera y oscarizada del año? , ya que la película da una visión americanizada de los hechos, ¿por qué no llevar la americanización al extremo del merchandising? ¿O es que acaso tanto la película como la cadena de hamburgueserías no persiguen un fin estrictamente comercial? Curiosamente, como indica G.RITTIG, «Der Preis der Satire», en *Was kostet der Spass?*, p. 71, —precisamente la abogada de «Titanic» que aconsejó no publicar esa parodia—, Mc Donald's publicitaba sus hamburguesas en las inmediaciones del recinto monumental del campo de concentración de Dachau. Finalmente, Mc Donald's obtuvo satisfacción con una corrección de la información por medio de un comunicado de prensa —esta vez auténtico— en un número posterior de la revista.

humor de que se rodean (art. 5, 9 y 10 LCD). No obstante, no será habitual la aparición espontánea de una parodia antitemática de una marca; lo habitual en este caso será que la parodia antitemática se inserte en un debate público a propósito de la marca o de su entorno más inmediato: en este caso, el titular de la marca ha de soportar la parodia de la misma, no tanto en virtud de la libertad artística como de la general libertad de expresión.

BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS CORROZA, H, *Tratado de Derecho Industrial*, 2.^a ed., 1993.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, 1997.

BÜRGLEN, B, «Die Verfremdung bekannter Marken zu Scherzartikeln», en *Festschrift für A-C. Gaedertz*, München, 1992, pp. 71 ss.

BURR, S.L., «Artistic Parody: a Theoretical Construct», *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 1996, vol. 14, pp. 65 ss.

CÁMARA ÁGUILA, M.^a P, *El derecho moral del autor con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, 1998, pp. 286 ss.

COOTER, R./LANDES, T, *Law & Economics*, Illinois, 1988. (Hay traducción al español)

DAGITZ, M.A, «Trademark Parodies and Free Speech: An Expansion of Parodist' First Amendment Rights in *L.L. Bean, Inc v. Drake Publishers, Inc.*», *Iowa L.Rev.*, vol. 73, n.º 4, May 1988, pp. 961 ss., .

DEUTSCH, V, «Der Schutz von Marken und Firmen», *Festschrift für A-C. Gaedertz*, München, 1992, pp. 99 ss.

DÍAZ ALABART, S, en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, [R.BERCOVITZ (Coord.)], 2.^a ed., Madrid, 1997, pp. 662 ss.

— «La parodia en la nueva Ley de Propiedad Intelectual», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 193 ss.

ERBEL, G, *Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtliche Kunstfreiheitgarantie*, Berlin et al., 1966.

ESPÍN CAVOVAS, D, *Los derechos del autor de obras de arte*, Madrid, 1996.

FOLCKERS, N, «Komik vom Gericht. Eine Dokumentation», en *Was Kostet der Spass? Wie Staat und Bürger die Satire bekämpfen*, [N, FOLCKERS/ X, SOLMS (Dirs.)], 1997, pp. 33 ss.

FRANÇON, A, «Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires», *Le droit d'auteur*, Vol. 101 (1988), pp. 302 ss.

- FROMM, F.K. / NORDEMANN, W, *Uhrerberrecht Kommentar*, 6.^a ed., Stuttgart et al., 1986.
- GONZÁLEZ LÓPEZ M., *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1994.
- GRÜNBERGER, J, «Rechtliche Probleme der Markenparodie unter Einbeziehung amerikanischen Fallmaterials», GRUR, 1994, pp. 246 ss.
- HEFTI, E, *Die Parodie mi Urheberrecht*, Schriftenreihe der UFITA, Heft. 54, Berlin, 1977.
- HEMPEL, H, *Die Freiheit der Kunst (Eine Darstellung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts)*, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, 101, Zürich, 1991.
- HESS, G, *Uhrheberrechtsprobleme der Parodie*, Schriftenreihe der UFITA, Heft 104, Baden-Baden, 1993.
- LANDES, W.M./POSNER, R.A. «An Economic Analysis of Copyright Law», *Journal of Legal Studies*, vol. XVIII, June 1989, pp. 325 ss.,
- LANDES, W.M/POSNER, R.A, «Trademark Law; an economic perspective», *Journal of Law and Economics*, vol XXX, 1987, pp. 265 ss.,
- LUCAS, A. / LUCAS H.-J., *Propriété littéraire & artistique*, Paris, 1994.
- LUSTIG, G, *La parodia nel diritto e nell'arte. Causa d'Annunzio-Scarpetta*, Napoli, 1908.
- MONTEAGUDO, M, *La protección de la marca renombrada*, Madrid, 1995.
- OSWALD, L.J, «Tarnishment and Blurring Under the Federal Trademark Dilution Act of 1995», *American Business Law Journal*, n.º 2, vol. 36, 1999, pp. 255 ss.
- PARTRIDGE, M.V.B, «Trademark Parody and the First Amendment; Humor in the Eye of the Beholder», *John Marshall L. Rev.*, n.º 29, 1996, pp. 877 ss.;
- PAZ-ARES, C, *Homenaje al Prof. Broseta*, Valencia, 1997, pp. , POSNER, *Economic Analysis*⁵, p. 50,
- PHILLIPS, J, «The parody defence to copyright infringement», *The Cambridge L. Journ*, 1984, pp. 245 ss.
- PORTELLANO, P, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995.
- POSNER, R.A, *Economic Analysis of Law*, 5.^a ed., New York, 1998. (Hay traducción al español)
- REHBINDER, M, *Urheberrecht*, 10.^a ed., 1998, p. 170,
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M./ BONDÍA ROMAN, F. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997.
- ROSE, M.A, *Parody: ancient, modern and postmodern*, Cambridge, 1993

- SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Granada, 1999.
- SCHECTER, F.I, «The Rational Basis of Trademark Protection», *Harvard L.Rev.*, Vol. XL, 1926-1927, pp. 813 ss.
- SCHMIDT, A, «L'application jurisprudentielle de la loi du 11 mars 1957», *RIDA*, n.º LXX-XIV (1975), pp. 3 ss., pp. 89 ss.
- SCHRICKER, G, *Urheberrecht*, 2.^a ed., München, 1999, par. 24, RdNr. 22
- SHAUGHNESSY, R.J, «Trademark Parody: a Fair Use and First Amendment Analysis», *Virginia L. Rev.*, Vol. 72, n.º 6, Sept 1986, pp. 1076 ss.,
- STARCK, C, en *Das Bonner Grundgesetz*, [H. v. MANGOLDT/F. KLEIN (Dir.)], t. I, München, 1999
- ULMER, E, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.^a ed., 1980, p. 277,
- WANDTKE, A/BULLINGER, W, «Die Marke als urheberrechtlich schutzfähiges Werk», *GRUR*, 1997, pp. 573 ss.,
- WINSLOW, A.P, «Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody and Campbell v. Acuff-Rose Music. Inc.», *Southern California L. Rev.*, Vol. 69, n.º 2, Jan. 1996, pp. 767 ss.
- WÜRKNER, J, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst*, München, 1994.