

# EL EQUILIBRIO ENTRE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO DE LA PARODIA CON FINALIDAD DE CRÍTICA POLÍTICA

Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ\*

## Resumen

*En el presente trabajo se analiza el conflicto de intereses que se plantea frecuentemente entre el derecho de propiedad intelectual del autor de una obra y el ejercicio de derechos fundamentales de terceros que utilizan dicha obra. Uno de los supuestos más habituales de dicho conflicto es el de la parodia de la obra con fines de crítica política, en donde entran en colisión el derecho del autor a autorizar de manera exclusiva los actos de explotación de su obra y el derecho a la libertad de expresión y crítica de quien utiliza dicha obra. El Tribunal de Justicia de la UE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 3 de septiembre de 2014, sentencia que establece un concepto autónomo de parodia a nivel europeo que puede entrar en contradicción con el que se contiene en distintas legislaciones nacionales.*

## Palabras clave

*Derechos fundamentales, propiedad intelectual, derecho a la libertad de expresión, conceptos autónomos de derecho europeo, parodia.*

## Abstract

*This paper analyzes the conflict of interests that frequently arises between the copyrights of the author and the exercise of fundamental rights of third parties who use a work. One of the most common assumptions of this conflict is the parody of the work for the purpose of political criticism, where the right of the author to authorize the acts of exploitation of his work frequently collide with the freedom of speech of the person who uses this work. The European Court of Justice has had the opportunity to rule on this issue on its*

---

\* Profesor Titular de Derecho Civil (Acreditado a CU), Universidad Autónoma de Madrid.

*judgment of 3 September 2014, which establishes an autonomous concept of parody at the European level may conflict with that contained in different national laws.*

### Key words

*Copyright, Intellectual Property, autonomous concepts of European Law.*

Sumario: I. Introducción. II. El concepto autónomo de parodia y sus límites. III. La parodia como mecanismo para conciliar los derechos fundamentales de libertad de expresión y de propiedad intelectual. IV. Efectos del concepto autónomo de parodia en las legislaciones de los Estados miembros. V. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

LOS derechos de propiedad intelectual reservan a sus titulares la facultad exclusiva de autorizar o prohibir una serie de actos de explotación [arts. 2, 17, 18, 19, 20 y 21 de Ley de Propiedad Intelectual española, en adelante LPI (1)], a los que se les añade un listado de límites o excepciones que permiten en determinados casos prescindir de la autorización del autor para realizar un concreto acto de explotación (por ejemplo, parodiar una obra, de acuerdo con los términos del art. 39 LPI).

En el presente trabajo se analiza un conflicto de intereses que se plantea frecuentemente en la práctica cuando se produce una colisión entre el derecho de propiedad intelectual del autor de una obra y el ejercicio de derechos fundamentales de terceros en los que está implicada dicha obra. Así, por ejemplo, pensemos en quien utiliza una conocida obra deformando o alternado sus elementos esenciales para satirizar al adversario político. En este caso existe un claro conflicto entre el derecho del autor a autorizar de manera exclusiva los actos de explotación de su obra (reproducción, distribución, comunicación al público o transformación) y el derecho a la libertad de expresión y crítica de quien utiliza dicha obra.

El conflicto se ha planteado tradicionalmente en el mundo de la propiedad intelectual en el marco de la discusión sobre la extensión y límites del derecho de parodia. Así, por ejemplo, quien crea una obra plástica propia en la que utiliza el cuadro «El grito» de Edvard Munch deformando el dramatismo de la obra original al sustituir la figura humanoide que lo protagoniza por un personaje de dibujos

---

(1) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

animados (pensemos en Mickey Mouse, por ejemplo) puede en principio ampararse en el límite de parodia antes mencionado.

En este trabajo analizaremos dicho conflicto al hilo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014, a la que nos referiremos de forma abreviada como *caso Deckmyn* (2). En dicha sentencia el Tribunal trata de buscar un «justo equilibrio» entre el derecho a la libertad de expresión e información (garantizado por el art. 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y el derecho a la propiedad intelectual (garantizado por el art. 17.2 de la Carta) a través de la interpretación del límite de parodia regulado por el art. 5.3 k) de la Directiva 2001/29 (3).

## II. EL CONCEPTO AUTÓNOMO DE PARODIA Y SUS LÍMITES

### 1. EL CONCEPTO AUTÓNOMO DE PARODIA

En la sentencia del *caso Deckmyn* el TJUE se enfrenta por primera vez con la cuestión del conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho fundamental de propiedad intelectual en un caso de parodia con finalidad de crítica política.

El Abogado General del caso, el español Pedro Cruz Villalón, resume en sus Conclusiones de 22 de mayo de 2014 (4) los hechos de la siguiente manera: los demandantes son los herederos del Sr. Willebord (Willy) Vandersteen, creador del cómic *Suske en Wiske*, así como dos sociedades que adquirieron los derechos de autor sobre dicho cómic. Los demandados en la instancia fueron el Sr. Johan Deckmyn, miembro del partido político *Vlaams Belang* (que en términos generales puede catalogarse como de extrema derecha) y el *Vrijheidsfonds*, una asociación cuyo objeto es prestar apoyo económico y material a ese partido político e imprimir y difundir publicaciones mediante todo tipo de medios de comunicación.

El litigio surge por la distribución por parte de Deckmyn en una recepción política de un calendario que reproduce la portada de uno de los ejemplares del cómic dibujado por Vandersteen en 1961 (el que lleva por título «De Wilde Wel-doener», que puede traducirse por algo similar a «El benefactor compulsivo»).

El dibujo de Vandersteen representaba uno de los personajes principales del cómic cubierto por una túnica blanca y lanzando monedas que una muchedumbre se afana por recoger. Sin embargo, en el calendario el lugar del personaje principal es ocupado por el alcalde de la ciudad de Gante, el socialista Daniël Termont, y quienes recogen las monedas llevan turbante, burka o son personas de color. De esta manera se trata de trasladar el mensaje político del *Vlaams Belang* de que los

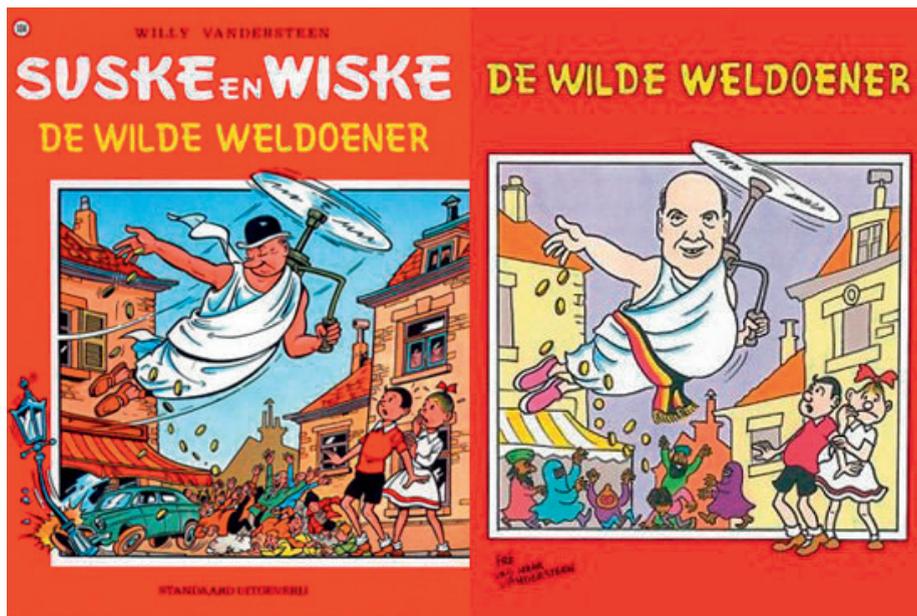
(2) *Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds vs. Helena Vandersteen y otros*, asunto C-201/143, ECLI:EU:C:2014:2123. El asunto se conoce oficialmente como «Deckmyn y Vrijheidsfonds».

(3) Dice dicha norma que «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: (...) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche».

(4) ECLI:EU:C:2014:45, conclusiones del asunto C-201/13.

impuestos que pagan los ciudadanos se destinan por la ciudad de Gante a servicios sociales para extranjeros, lo que da a la viñeta tintes claramente xenófobos.

La comparativa entre ambas obras plásticas es la siguiente (5):



Este mismo dibujo es después incluido en la página web del partido y en una de sus revistas (*De Strop*), que es habitualmente distribuida en la ciudad de Gante. Las herederas del dibujante y la editora del cómic demandan a Deckmyn y a la asociación reclamando la infracción de su derecho de propiedad intelectual sobre la obra plástica incluida en la portada del cómic.

El TJUE comienza su sentencia con la cita del Considerando 3 de la Directiva 2001/29 (6), planteando la cuestión como un conflicto entre el derecho de autor y el derecho a la libertad de expresión del señor Deckmyn considerado como persona física, sin tener en cuenta por tanto a la asociación codemandada. Con ello el Tribunal está afirmando (aunque implícitamente) que los derechos fundamentales de la Carta son directamente aplicables a las relaciones entre particulares.

El Tribunal decide así analizar la cuestión no desde el punto de vista de la «legalidad» del art. 5.3 k) de la Directiva 2001/29, sino desde un punto de vista más bien «constitucional»: el objetivo de la sentencia es dar criterios a los jueces nacionales para que decidan cuándo hay un «justo equilibrio» entre los derechos

(5) Fuente: [http://1.nieuwsbladcdn.be/Assets/Images\\_Upload/2013/05/07/wildeweldoener.jpg](http://1.nieuwsbladcdn.be/Assets/Images_Upload/2013/05/07/wildeweldoener.jpg).

(6) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

fundamentales de las personas implicadas en el litigio [apartado 26 de la sentencia (7)].

A partir de dicha premisa el Tribunal de Justicia responde a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano remitente (el Tribunal de Apelación de Bruselas), en la que se pregunta si el concepto de «parodia» que se contiene en el art. 5.3 k) de la Directiva tiene que ser definido como un concepto autónomo de Derecho de la Unión.

La respuesta a juicio del Tribunal es afirmativa, en la medida en que se trata de una disposición del Derecho europeo que no remite al Ordenamiento de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, y que, por tanto, tiene que ser interpretada de manera autónoma y uniforme, teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trata pretende alcanzar.

Estamos por tanto ante un concepto de derecho autónomo al que hay que darle un sentido concreto, de un modo similar a lo que ocurre con el concepto de «compensación equitativa» que se contiene en los apartados 5.2 a) y 5.2 b) de la Directiva (el propio TJUE cita a este respecto su sentencia en el *caso Padawan* (8), a las que habría que añadir las sentencias ulteriores a ella en relación con el art. 5.2 b) (9) y la sentencia del *caso Reprobel* (10) en relación con el art. 5.2 a) de la Directiva).

Una vez establecido que la «parodia» que se menciona en el art. 5.3 k) es un concepto autónomo de Derecho europeo, el TJUE da respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, en las que el Tribunal de Apelación de Bruselas pregunta específicamente si se deben incorporar dentro de dicho concepto uno o varios de los siguientes requisitos: que la parodia tenga carácter original propio; que la parodia no pueda atribuirse razonablemente al autor de la obra original; que la finalidad de la parodia sea hacer humor o burla (con independencia de si la crítica eventualmente realizada afecta a la obra original, o a algo o a otra persona), y que se indique la fuente de la obra parodiada.

El Tribunal, siguiendo en este punto las Conclusiones del Abogado General (11), se limita a dar al término «parodia» su sentido habitual en el lenguaje, que es (según la definición del Diccionario de la RAE) el de «imitación burlesca». Ello implica que la parodia tiene únicamente dos elementos esenciales: debe ser una imitación que evoca una obra preexistente (si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta), y debe además tener una intención manifiestamente humorística o

(7) Dice dicho apartado que «Asimismo, como se desprende del trigésimo primer considerando de la Directiva 2001/29, las excepciones a los derechos establecidos en los artículos 2 y 3 de dicha Directiva, previstas en el artículo 5 de ésta, pretenden mantener un «justo equilibrio» entre los derechos e intereses de los autores, por un lado, y los de los usuarios de prestaciones protegidas, por otro (véanse, en este sentido, las sentencias *Padawan*, EU:C:2010:620, apartado 43, y *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, apartado 132)».

(8) Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08, EU:C:2010:620.

(9) Se trata en especial de las sentencias de 16 de junio de 2011 (*caso Stichting*); 11 de julio de 2012 (*caso Amazon International Sales y otros*); 27 de junio de 2013 (*caso VG Wort*); 10 de abril de 2014 (*caso ACI Adam*) y 5 de marzo de 2015 (*caso Copydan Båndkopi*).

(10) STJUE de 12 de noviembre de 2015, asunto C572/13, ECLI:EU:C:2015:750.

(11) *Vid.* el apartado 48 de dichas Conclusiones.

burlesca (12). El Tribunal rechaza además expresamente que formen parte del concepto autónomo de parodia los cuatro requisitos por los que preguntaba el Tribunal de Apelación de Bruselas (13).

Resulta comprensible que el Tribunal defina el concepto autónomo de parodia en la Directiva prescindiendo de la obligación de que la parodia no pueda razonablemente atribuirse autor de la obra original y de que sea necesario indicar la fuente donde se publicó la obra parodiada. Ambos requisitos tienden a proteger más los intereses morales de los autores que los patrimoniales, pero los derechos morales no se encuentran armonizados en la UE. Hubiera sido por tanto ilógico que el TJUE construyera una definición de parodia que incorporara aspectos ajenos a los derechos patrimoniales.

Menos comprensible resulta sin embargo que el Tribunal decida definir los elementos estructurales de la parodia prescindiendo del requisito de la originalidad de la obra con finalidad paródica. En efecto, el TJUE se limita a afirmar que la parodia es una *imitación de una obra ajena*, lo que implica «evocar una obra preexistente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta». De ahí que se señale literalmente que no es necesario que «la parodia tenga un carácter original propio, más allá de diferencias perceptibles con respecto de la obra original parodiada (14)». Se trata ésta de una cuestión sobre la que luego volveré más ampliamente.

El segundo requisito que caracteriza el concepto autónomo de parodia según el TJUE es que la imitación debe hacerse con finalidad de burla o ridiculización de algo o alguien a partir del humor. Ello parece que tiene la consecuencia práctica de que no podrá ampararse en el límite de parodia una imitación burlesca que no sea idónea para conseguir esta finalidad humorística (es decir, que pretenda un efecto humorístico del que carece en realidad). Y parece también que la idoneidad de la parodia para conseguir la finalidad humorística tendrá que ser establecida de manera fundamentalmente objetiva. Lo que significa que no deberá tenerse en cuenta únicamente la intención del autor de la parodia, habrá que verificar si ésta es objetivamente apta para lograr el efecto de burla humorística. Naturalmente, para tener en cuenta dicha aptitud no puede pretenderse que el efecto humorístico sea universal: habrá personas que vean claramente en la parodia el efecto burlesco y otras a las que «no les haga ninguna gracia». Lo que habrá que tener en cuenta por tanto es que exista una cierta idoneidad objetiva para que la parodia produzca el efecto de burla humorística en una «persona razonable» o, si se quiere, de manera generalizada en el público.

---

(12) Señala en concreto el apartado 20 de la sentencia lo siguiente: «Por lo que respecta al sentido habitual del término «parodia» en el lenguaje corriente, consta, como señala el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, que la parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca».

(13) Dice al respecto el TJUE en el apartado 21 de la sentencia: «No se desprende del sentido habitual del término «parodia» en el lenguaje corriente, ni tampoco, y así lo señalan acertadamente el Gobierno belga y la Comisión Europea, del tenor del artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29 que este concepto se supedita a los requisitos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión, que hacen referencia a la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada».

(14) *Vid.* el apartado 21 de la sentencia.

## 2. LOS LÍMITES DE LA PARODIA POLÍTICA: EL RESPETO A OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

El TJUE establece en la sentencia del *caso Deckmyn* un concepto muy amplio de parodia, lo que no quiere decir sin embargo que carezca de límites. De hecho, en la construcción del concepto se aprecia claramente que para el Tribunal de Justicia la parodia con finalidad de crítica política tiene que moverse en el espacio intermedio que queda entre el ejercicio de la libertad de expresión y el resto de principios y valores esenciales de la UE, plasmados en la Carta.

El principio general en esta materia debería ser que la parodia debe tener un especial margen de maniobra cuando se utiliza como instrumento de crítica política a través del humor. Y ello porque la parodia es, en principio, un medio legítimo de ejercer el derecho a la libre expresión de ideas, pensamientos o sentimientos (15). En el supuesto concreto del señor Deckmyn la parodia se utiliza para manifestar una crítica en relación con que las políticas sociales de la ciudad de Gante tengan como destinatarios principales a extranjeros, y en especial, a la comunidad musulmana (como el uso de turbantes y burkas en el dibujo indica).

Sin embargo, pese a establecer este principio general de tolerancia, el TJUE establece también ciertos límites: no pueden tolerarse las parodias que por su objeto o su forma de expresión sean contrarias a valores centrales de los Estados miembros, valores que han sido plasmados en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (16). En especial el Tribunal señala que en este caso debe tenerse en cuenta si la parodia «transmite un mensaje discriminatorio», lo que sería contrario al art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Pero el principio de no discriminación es sólo uno más de los preceptos de la Carta que hay que tener en cuenta. También podrían plantearse conflictos en relación, por ejemplo, con el derecho a la dignidad de la persona (art. 1 de la Carta) o con los derechos del niño (art. 24 de la Carta). Así ocurriría cuando la parodia se utilizara como medio (o si se quiere, como excusa disfrazada de humor) para burlarse de las víctimas del holocausto nazi o de la violencia sexual contra niños, por poner algunos de los ejemplos más sangrantes.

Esta delimitación de la parodia como territorio intermedio entre el ejercicio de la libertad de expresión y los principios o valores fundamentales de las sociedades de los Estados miembros es sin duda acertada, aunque no puede ser impuesta por el Tribunal a los distintos Estados. Y ello porque resulta evidente que el concepto autónomo de parodia está basado en la idoneidad o aptitud objetiva de la parodia para causar un efecto humorístico sin vulnerar los derechos fundamentales de terceros, lo que es una cuestión de hecho que tiene que ser apreciada por los tribuna-

(15) *Vid.* el apartado 25 de la sentencia.

(16) El Tribunal está así recogiendo, pero sólo parcialmente, las Conclusiones del Abogado General que sobre esta cuestión de los límites de la parodia política señalaba en el Apartado 85 de sus Conclusiones que «no debiera admitirse como parodia (...) aquellas deformaciones de la obra original que, en la forma o el fondo, transmiten un mensaje radicalmente contrario a las convicciones más profundas de la sociedad».

les nacionales. Este hecho se refleja con precisión en la sentencia del TJUE, que dice literalmente al respecto (apartados 29 y 30) que:

«(29) De este modo, por lo que respecta al litigio de que conoce el órgano jurisdiccional remitente, debe hacerse referencia a la alegación de Vanderssteen y otros de que, *con la sustitución de los personajes que recogían las monedas en la obra original por personas con burka o personas de color, el dibujo controvertido en el litigio principal transmite un mensaje discriminatorio* que lleva a que la obra protegida se asocie a tal mensaje.»

«(30) *Si así sucede efectivamente, lo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente, procede recordar la importancia del principio de no discriminación por razón de la raza, el color o el origen étnico*, como lo concreta la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22), y lo confirma, en particular, el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»

(La cursiva es propia.)

Como es natural, los Tribunales nacionales deberán resolver esta cuestión no sólo de acuerdo con las previsiones de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (en su función de principios generales del Derecho de la UE), sino también de acuerdo con sus propios ordenamientos constitucionales y los criterios interpretativos establecidos por los Tribunales constitucionales de los distintos países.

Ello provoca que el concepto autónomo de «parodia» que ha construido el TJUE sea en la práctica mucho menos uniforme de lo que parece, debido a que pueden existir diferencias sustanciales en los Estados miembros respecto de cómo se equilibran los distintos derechos fundamentales en conflicto por parte de los tribunales nacionales. De hecho, uno de los casos en donde hay un mayor rango interpretativo es precisamente en el de las relaciones entre el derecho a la libertad de expresión o información y otros derechos fundamentales.

Así, en el supuesto fáctico que se plantea en el *caso Deckmyn*, puede haber determinados Estados miembros en los que la discriminación más o menos velada que lleva implícita la parodia de la viñeta del alcalde de Gante se considere intolerable, y otros en los que se considere que debe primar el ejercicio de la libertad de expresión en el caso concreto, en especial si tenemos en cuenta que el objeto de la burla es un político en activo.

Es evidente por tanto que cuando la Corte de Apelación de Bruselas decida sobre si la parodia hecha por Deckmyn vulnera el principio de no discriminación los jueces belgas tienen plena libertad para aplicar la doctrina y jurisprudencia constitucional de su país sobre la interacción entre la libertad de expresión y el principio de no discriminación. No es posible, por tanto, que el TJUE condicione la interpretación de los tribunales nacionales, ni siquiera en la forma de «sugerencia» al decir que «procede recordar la importancia del principio de no discriminación». Los Tribunales nacionales no están vinculados por los criterios de corrección política que trata de establecer el TJUE, ni deben obligatoriamente considerar que una parodia como ésta resulta contraria al principio de no discriminación. Deberán valorar el conflicto de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia constitucional aplicable al caso.

Las afirmaciones precedentes son válidas también cuando los Tribunales nacionales tengan que enjuiciar el posible conflicto entre el derecho a la libertad de expresión del parodista y otros derechos fundamentales (en especial, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propiedad intelectual, que son los que más frecuentemente se ven involucrados en un caso de parodia). Sobre esta última relación (libertad de expresión y propiedad intelectual) incide especialmente el Tribunal, que trata de garantizar un «justo equilibrio» en su sentencia entre los derechos implicados, con discutible éxito.

### III. LA PARODIA COMO MECANISMO PARA CONCILIAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROPIEDAD INTELECTUAL

La sentencia del *caso Deckmyn* trata de resolver el papel que tiene la parodia como límite al derecho de autor y, por tanto, como mecanismo para reconciliar el respeto a la libertad de expresión y el respeto al derecho de propiedad intelectual como derechos fundamentales de la Carta. Sin embargo, es muy discutible que el TJUE haya alcanzado realmente en su sentencia un «justo equilibrio» entre los derechos patrimoniales de los herederos de Willy Vandersteen y el derecho a la libre expresión del señor Deckmyn.

Y ello porque, como se ha señalado ya, el Tribunal rechaza expresamente que el concepto autónomo de parodia del art. 5.3.k) de la Directiva incluya cuatro requisitos que están presentes en las legislaciones de muchos Estados miembros. El primero es que la parodia (en rigor, la obra de carácter burlesco o con intención paródica) debe tener una mínima originalidad para ser tal. El segundo, que la parodia debe poder razonablemente atribuirse a un tercero distinto del autor de la obra parodiada. El tercero es que en muchos países es tradicional entender que la parodia sólo puede referirse o incidir sobre la obra parodiada, sin que sea legítima cuando esta se utiliza como arma arrojada para la crítica de un tercero. El cuarto y último requisito es que se mencione la fuente de la obra parodiada.

Nuestro análisis se va centrar sin embargo en dos de las cuatro «ausencias» de la sentencia: que no se exija originalidad en la obra paródica (sólo «diferencias perceptibles» con la original) y que se admita la parodia realizada para ridiculizar «a algo o a alguien» ajeno a la propia obra, ya que los otros dos requisitos se relacionan más con la protección de derechos no armonizados a nivel europeo, los derechos morales de los autores, como ya se ha explicado en éste trabajo.

#### 1. EL REQUISITO DE LA ORIGINALIDAD EN LA OBRA DE CARÁCTER PARÓDICO

##### A. La borrosa distinción entre reproducción y transformación

El TJUE ha decidido de forma consciente prescindir del requisito de la originalidad para definir el concepto autónomo de parodia. Se trata de una postura ciertamente heterodoxa, al menos desde el punto de vista del derecho de autor que se

inserta en la tradición del «Derecho civil» (por oposición al de la tradición del *common law*). En efecto, en los países de Derecho continental la obra de carácter paródico siempre imita o toma elementos de otra anterior (no son creaciones independientes), pero también debe tener un elemento de originalidad propio. De hecho, es precisamente este elemento de originalidad el que permite diferenciar entre la parodia y la obra originaria.

Este doble aspecto (obra que refleja la preexistente, pero que tiene originalidad propia) se ve perfectamente reflejado en las Conclusiones del Abogado General (que decían que la parodia «es copia y es creación al mismo tiempo (17)»), pero es sin embargo ignorado por el Tribunal, que entiende que no hace falta originalidad en la parodia, sino sólo «diferencias perceptibles con la obra parodiada».

En mi opinión, el TJUE decide prescindir de la originalidad como rasgo definitorio de la parodia por una cuestión meramente técnica, que es la ausencia del derecho de transformación en la Directiva 2001/29. Esta ausencia lleva aparejado que en el Derecho de la UE haya grandes dificultades para distinguir entre obra original y obra derivada, que se diferencian precisamente mediante un juicio fáctico previo sobre la originalidad de ambas. Veamos.

La Directiva incluye el límite de parodia en el art. 5.3 k), configurándose así como una excepción a los derechos exclusivos de reproducción y comunicación al público (arts. 2 y 3 de la Directiva) y no al derecho de transformación. Ello responde, como he dicho, a que el derecho de transformación no se encuentra armonizado ni en la Directiva 2001/29 ni en el resto de Directivas que se refieren al derecho de autor (Directiva de programas de Ordenador, Directiva de Bases de Datos, etc.). Ello supone un claro contraste con la mayoría de los Ordenamientos de los Estados miembros, en los que la parodia es un límite al derecho de transformación, no al de reproducción. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 39 de la LPI española.

No es este el momento para explicar los motivos por los cuales el derecho de transformación no se encuentra armonizado a nivel europeo, basta con señalar que las dificultades vienen principalmente porque la idea de transformación presupone la existencia de una obra derivada que tiene elementos de la obra preexistente (que tiene que ser reconocible en ella), pero que también aporta elementos propios de originalidad (si no, no sería *una obra diferente*, como dice el art. 21 LPI). Pero determinar en el caso concreto si existe una aportación original suficiente por parte del autor de la obra derivada para pasar al estatus de «obra diferente» puede ser difícil en la práctica, haciendo borrosa la frontera entre la auténtica transformación (con aportación creativa suficiente como para diferenciarse de la obra preexistente) y otras modificaciones menores en la obra que no suponen verdadera aportación creativa (18), y que encajarían por tanto más bien en el derecho de reproducción.

Así, en la práctica es muy habitual encontrar reproducciones con cambios menores [las llamadas en terminología anglosajona *colourable imitations* (19)], es decir, obras que han sido ligeramente retocadas o modificadas con la intención

---

(17) *Vid.* el apartado 49 de las Conclusiones del Abogado General.

(18) Esta dificultad para diferenciar entre reproducción y transformación provocó que, por ejemplo, la adaptación de una obra (la incorporación de arreglos musicales, por ejemplo) fuera vista en el Convenio de Berna como un supuesto particular de reproducción hasta el Acta de Bruselas de 1948.

(19) Así lo señala RICKETSON, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1.ª edición, 1987, p. 396.

maliciosa de evitar la copia servil (llamadas en francés *imitation déguisée* o «imitaciones maquilladas»). En qué momento estas imitaciones maquilladas dejan de ser copias y pasan a ser «obras nuevas» depende de la apreciación de un *quantum* de originalidad que tiene un elevado componente de subjetividad, por lo que su apreciación en el caso concreto puede resultar compleja.

Es esta borrosa frontera entre la «imitación maquillada» y la auténtica obra derivada la que explica que el derecho de transformación no se encuentre armonizado en la Directiva, y la que explica, en consecuencia, que la parodia sea un límite al derecho de reproducción (además del derecho de comunicación al público), y no al de transformación.

Pues bien, en este contexto parece claro que si el Tribunal hubiera afirmado que la parodia requiere de un elemento de originalidad propio para diferenciarse de la obra parodiada habría sido extremadamente difícil decir que estamos ante un caso de reproducción: ¿cómo hablar de mera reproducción si se está afirmado que hay originalidad propia en la parodia?

Lógicamente, el Tribunal necesita un criterio que permita distinguir entre la parodia y la obra parodiada. De ahí la creación *ex novo* de la categoría de las «diferencias perceptibles» entre una y otra obra, que no pasa de ser un trasunto de la idea de originalidad. Y ello porque parece evidente que si hay diferencias perceptibles entre una obra y otra será, precisamente, porque hay una aportación original en la segunda que permite diferenciarla de la primera.

Dado que estas «diferencias perceptibles» son una cuestión de hecho, deben apreciarse por el juez de instancia. De ahí que el TJUE dijera (apartado 32 de la sentencia) que:

«Por consiguiente, *corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, habida cuenta de todas las circunstancias del litigio principal, si la aplicación de la excepción por parodia conforme al artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29, suponiendo que el dibujo controvertido en el litigio principal responda a las características esenciales indicadas en el apartado 20 de la presente sentencia, respeta el justo equilibrio al que se refiere el apartado 27 de esta misma sentencia.*»

(La cursiva es propia.)

De este modo lo que sucede en la práctica es que las «diferencias perceptibles» van a funcionar como un razonable sucedáneo del test de la originalidad en la parodia, permitiendo así al Tribunal superar el escollo que supone la ausencia de un derecho de transformación armonizado en la legislación de la UE. Ello es además coherente con el propio derecho belga, que en el art. 22.1 de la Ley de Derecho de autor de 30 de junio de 1994 se limita a señalar que, si la obra está divulgada, el autor no podrá oponerse a la «las caricaturas, parodias o pastiches, realizados en observancia de las buenas costumbres», sin aclarar por tanto si el límite afecta al derecho de transformación o al derecho de reproducción.

Sin embargo, prescindir del test de la originalidad para reducir la cuestión a un mero problema de «diferencias perceptibles» en el ámbito del derecho de reproducción tiene una consecuencia práctica que no se puede ignorar, y es que amplía de manera muy considerable el ámbito de aplicación del límite de parodia del art. 5.3.k) de la Directiva, mermando así correlativamente el derecho patrimonial

de los autores. Y esta configuración tan amplia del límite puede entrar en contradicción con la llamada «regla de las tres etapas» del art. 5.5 de la Directiva 2001/29 o con la versión de dicha regla que se contiene en los distintos Tratados internacionales, como se explica a continuación.

## **B. La «prueba de las tres etapas» aplicada al concepto de parodia acuñado por el TJUE**

Como he afirmado ya en el presente trabajo, parece claro que el motivo que tiene el TJUE para elaborar un concepto de parodia desligado de la exigencia de originalidad es la falta de armonización del derecho de transformación. Sin embargo, cabe dudar de que con un concepto tan amplio de parodia el Tribunal de Justicia esté equilibrando adecuadamente el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la propiedad intelectual protegidos por la Carta. De hecho, utilizar un concepto de parodia que no exige originalidad implica *de facto* un sacrificio tan importante del derecho de propiedad intelectual que cabe legítimamente preguntarse si esta lectura que hace el Tribunal del art. 5.3 k) de la Directiva entra en contradicción el art. 5.5 de la misma.

*Dicha norma establece literalmente que Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 (del art. 5 de la Directiva) únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.*

Con ello el legislador europeo trata de establecer ciertas pautas respecto de la regulación de los límites o excepciones a los derechos patrimoniales previstos en los cuatro apartados precedentes de éste artículo, reiterando así el contenido de lo dispuesto en los Tratados internacionales más importantes en materia de propiedad intelectual, y en especial, para el caso del derecho de autor, en el art. 9.2 del Convenio de Berna (20), en el art. 10.2 del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI de 1996 (21) y el art. 13 de los ADPIC (22).

Este art. 5.5 ha sido objeto de un gran debate a nivel europeo acerca de su significado. Así, desde un primer punto de vista hay quien entiende que estamos únicamente ante un mandato dirigido al legislador nacional (23), de modo que es

---

(20) Dispone dicha norma que «Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor».

(21) Norma que señala que «Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.»

(22) Norma que dice: «Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos».

(23) Ello ocurre claramente por ejemplo respecto del art. 9.º2 del Convenio de Berna, que es una norma dirigida al legislador nacional. Los países de la Unión de Berna no tienen obligación de incorporarla a su derecho interno para cumplir con las obligaciones del Tratado, sólo tienen que respetarla en el diseño de los límites domésticos.

dicho legislador el que tiene que tener en cuenta la «prueba de las tres etapas» cuando incorpore los límites previstos en la Directiva 2001/29 en la legislación nacional (24). Ello obliga naturalmente a los Estados miembros a establecer límites perfectamente delimitados, que deben encajar por tanto no sólo en los supuestos y condiciones concretas de los arts. 5.1 a 5.4, sino también en este mecanismo de control más abstracto o general, que sería además especialmente útil cuando (como es el caso), la Directiva se limita a describir un límite (autorizando así la obra con finalidad paródica), pero sin aportar ningún tipo de requisito o condición que acompañe dicho límite.

Sin embargo, desde un segundo punto de vista, cabe entender que el art. 5.5 es una regla de interpretación, dirigida fundamentalmente a los operadores judiciales (25). Y si ello es así, la interpretación del límite del art. 5.3 k) que hace el Tribunal en esta sentencia puede ser contraria a la propia Directiva y a las obligaciones internacionales que ha asumido la UE en los precitados Tratados.

En efecto, en mi opinión es razonable sostener que el art. 5.5 de la Directiva es un instrumento interpretativo que debe orientar la actividad del juez nacional cuando está enjuiciando *in casu* si una conducta concreta está amparada o no por el tenor literal de la excepción. Y ello porque resulta lógico pensar que el legislador de la Directiva 2001/29 ya tuvo en cuenta la versión de la «prueba de las tres etapas» que se contiene en los distintos Tratados internacionales (en especial, el art. 10.2 del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI) cuando redactó la lista de límites contenidos en los arts. 5.2 y 5.3. Ello implicaría que el destinatario natural de la regla del art. 5.5 sea el juez cuando aplica los límites en el caso concreto (26), de manera que la lista de los artículos 5.2 y 5.3 de la Directiva serían precisamente los «casos especiales» en los que es posible limitar el monopolio del autor (por ejemplo, con finalidad paródica, como es nuestro caso). Ello explicaría por qué muchos de los países han decidido incorporar la regla del art. 5.5 a su legislación nacional, pero prescindiendo de la primera de las tres circunstancias mencionadas en la Directiva, la de los determinados casos concretos (27).

Debe tenerse en cuenta además que el propio tenor literal del art. 5.5 de la Directiva 2001/29 señala expresamente que «Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados anteriores únicamente se aplicarán en determinados

(24) A favor de esta postura se suele argumentar que la codificación de la prueba de los tres pasos en el Derecho positivo conduce inevitablemente a una mayor indefinición en el alcance de las excepciones, lo que no contribuye a la seguridad jurídica. No sería por tanto conveniente incluirla en la legislación nacional. Se dice además, que si no se hizo antes con ocasión del art. 9.º del Convenio de Berna y el art. 13 ADPIC, no tiene por qué hacerse ahora al hilo del art. 10 del TODA, apuntando que el legislador comunitario únicamente pretendía dar el mandato de que la redacción de los límites que se diera en el Derecho nacional fuera lo suficientemente acotada como para no perjudicar los intereses de los autores. *Vid.* a este respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual* (X. O'Callaghan, Coord.), Dykinson, Madrid, 2011, p. 399.

(25) Resume los autores que se manifiestan en este sentido LÓPEZ MAZA, S., *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, p. 49, nota 167.

(26) XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en Internet», *Pe.I (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 29, 2008, p. 91.

(27) Así ha ocurrido por ejemplo en el art. 122-5 del CPI francés, en el art. 75.4 del Código de Derechos de Autor portugués, y en el art. 71 nonies de la Ley de Derecho de Autor italiana.

casos concretos (...)». Parece que con ello la norma se está dirigiendo de manera explícita al juez nacional, que es quien aplica el Derecho de la UE. El término «aplicarán» se estaría utilizando en este contexto por tanto en sentido propio, como mecanismo para que, en el caso concreto, el juez interprete la norma doméstica poniendo coto a concepciones de los límites tan amplias que vacíen de contenido los derechos patrimoniales de los titulares.

Ello implica que la Directiva contiene un principio general de interpretación estricta de los límites, principio que deriva de que estamos ante restricciones a un derecho exclusivo patrimonial, como es el de propiedad intelectual. Y éste principio de interpretación estricta debe ser respetado por los jueces nacionales al hacer la interpretación del Ordenamiento doméstico de manera conforme con el Derecho de la UE, pero también naturalmente por el propio Tribunal de Justicia, que debe por tanto leer los límites de los apartados 1 a 4 del artículo 5 de la Directiva a la luz de la «prueba de las tres etapas» del apartado quinto.

Esta regla de interpretación estricta debe aplicarse por tanto a cualquier posible lectura que haga el Tribunal de Justicia sobre el término «parodia» del art. 5.3 k), en especial si tenemos en cuenta que la propia Unión Europea es parte contratante en el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI, y que uno de los objetivos fundamentales de la Directiva 2001/29 es incorporar dicho Tratado al Ordenamiento comunitario, como dice el Considerando 15 (28), *in fine* de la misma (29).

A la vista de dichos antecedentes normativos es lógico que el principio de interpretación estricta de los límites contenidos en la Directiva se haya mantenido de manera reiterada en la propia jurisprudencia del TJUE, en especial a raíz de la sentencia de 16 de julio de 2009, en el *caso Infopaq* (30). En dicha sentencia el TJUE señaló que los límites contenidos en el art. 5 de la Directiva tenían que ser objeto de interpretación restrictiva (en el caso, era el límite relativo a las reproducciones provisionales del art. 5.1 de la DDASI) porque suponen una derogación para

---

(28) Esta idea de adecuación a las obligaciones internacionales está presente también en el propio Considerando 44, referido específicamente al art. 5.5, que dice expresamente que: «*Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales.* Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, *puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor*» (la cursiva es propia).

(29) Dicho considerando señala que: «La Conferencia Diplomática celebrada en diciembre de 1996 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) llevó a la adopción de dos nuevos Tratados, el «Tratado de la OMPI sobre derechos de autor» y el «Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas», que versan respectivamente sobre la protección de los autores y sobre la protección de los intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas. Estos Tratados actualizan de forma significativa la protección internacional de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, incluso en relación con la denominada «agenda digital», y mejoran los medios para combatir la piratería a nivel mundial. La Comunidad y la mayoría de los Estados miembros han firmado ya dichos Tratados y se están tomando las oportunas disposiciones para la ratificación de los mismos por la Comunidad y los Estados miembros. *La presente Directiva está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales*» (la cursiva es propia).

(30) *Infopaq International*, asunto C5/08, EU:C:2009:465.

un caso singular del principio general, que es la concesión de un derecho exclusivo al titular (31). En especial, y en lo que nos interesa para nuestro caso, el TJUE dice expresamente que el principio de interpretación estricta de los límites de los apartados 1 a 4 del art. 5 de la Directiva es consecuencia directa del apartado quinto de este mismo artículo (32).

Esta idea de *Infopaq* de que los límites del art. 5 de la Directiva 2001/29 tienen que ser objeto de interpretación restrictiva como consecuencia de la «prueba de las tres etapas» del art. 5.5 ha sido reiterada después en múltiples ocasiones por el propio TJUE, especialmente en las sentencias de 4 de octubre de 2011 [caso *F.A. Premier League* (33)], 10 de abril de 2014 [caso *ACI Adam* (34)] y 5 de junio de 2014 [caso *Newspaper Licensing Agency* (35)].

Pues bien, cuando se está enfrentando al caso del art. 5.3 k) de la Directiva en el caso *Deckmyn*, el Tribunal lógicamente es muy consciente de que dicha jurisprudencia existe, y reitera que resulta aplicable con carácter general (apartado 22 de la sentencia (36)). Sin embargo, el TJUE añade a renglón seguido que el principio de interpretación estricta de los límites debe hacerse compatible con una idea que ya apuntó en *FA Premier League*, y es que la interpretación del límite en un caso concreto *debe permitir salvaguardar el efecto útil de la excepción así establecida y*

---

(31) Señala en concreto el Tribunal de Justicia en su parágrafo 56 que: «Para interpretar uno a uno dichos requisitos, procede recordar a continuación que, según reiterada jurisprudencia, las disposiciones de una directiva que constituyen una excepción a un principio general establecido por esa misma directiva se han de interpretar restrictivamente (sentencia de 29 de abril de 2004, *Kapper*, C476/01, Rec. p. I5205, apartado 72, y sentencia de 26 de octubre de 2006, Comisión/España, C36/05, Rec. p. I10313, apartado 31)». La cursiva es propia.

(32) Señala el TJUE a este respecto expresamente en el apartado 58 de la sentencia que: «Máxime habida cuenta que dicha excepción debe interpretarse a la luz del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, que establece que se aplicará únicamente en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho» (la cursiva es propia).

(33) *Football Association Premier League* y otros, asuntos C403/08 y C429/08, EU:C:2011:631. EL TJUE dice literalmente en el apartado 162 de la sentencia respecto de la interpretación de los límites en la Directiva que: «Según la jurisprudencia, los requisitos que se acaban de enumerar deben ser objeto de interpretación estricta, dado que el artículo 5, apartado 1, de la citada Directiva constituye una excepción a la regla general que ésta establece y que exige que el titular de los derechos de autor autorice toda reproducción de una obra suya protegida (sentencia *Infopaq International*, antes citada, apartados 56 y 57)».

(34) *ACI Adam* y otros, asunto C435/12, EU:C:2014:254. Dice el apartado 23 de dicha sentencia que: «De ello se desprende que las diferentes excepciones y limitaciones establecidas en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29 deben interpretarse restrictivamente».

(35) *Public Relations Consultants Association Ltd vs. Newspaper Licensing Agency Ltd* y otros, asunto C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195. Dice literalmente el apartado 23 de la sentencia que «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los requisitos que se acaban de enumerar deben ser objeto de interpretación estricta, dado que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 constituye una excepción a la regla general que ésta establece y que exige que el titular de los derechos de autor autorice toda reproducción de una obra suya protegida (sentencias *Infopaq International*, C5/08, EU:C:2009:465, apartados 56 y 57, y *Football Association Premier League* y otros, C403/08 y C429/08, EU:C:2011:631, apartado 162)».

(36) Dice el apartado 22 de dicha sentencia que «No cuestiona esta interpretación el contexto en que se inscribe el artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29, que establece una excepción a los derechos previstos en los artículos 2 y 3 de dicha Directiva y que, por tanto, debe ser objeto de una interpretación estricta (véase, en este sentido, la sentencia *ACI Adam* y otros, EU:C:2014:254, apartado 23).

*respetar su finalidad* (37). De ahí que el Tribunal concluya en *Deckmyn* (apartado 24) que:

«Por lo tanto, el hecho de que el artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29 constituya una excepción no tiene por consecuencia reducir el ámbito de aplicación de esta disposición mediante requisitos, como los enumerados en el apartado 21 de la presente sentencia, que no se desprenden ni del sentido habitual del término «parodia» en el lenguaje corriente, ni del tenor de dicha disposición.»

Se trata de una conclusión discutible. En efecto, el principio de interpretación estricta de los límites no obliga a «incorporar» requisitos adicionales al concepto de parodia para reducir su ámbito de aplicación. Pero desde luego el efecto útil del límite de parodia tampoco requiere ampliarlo al máximo posible en la Directiva, que es lo que está haciendo el Tribunal *de facto* al utilizar el término en su acepción de «imitación burlesca».

El límite de parodia lo que pretende es garantizar que el autor no pueda impedir la incorporación de su obra en otra con intención paródica para favorecer el derecho a la libre expresión del autor de la parodia. Y ello porque, como es evidente, en otro caso los autores se negarían sistemáticamente a ver cómo su obra se utiliza en una parodia. Pero dicha finalidad (que el TJUE llama «efecto útil») puede conseguirse igualmente exigiendo auténtica originalidad en la parodia, y no requiriendo sólo que haya «diferencias perceptibles» entre ambas obras.

Lo que explica la exclusión de la originalidad del debate sobre el concepto autónomo de parodia en la Directiva no es por tanto a mi juicio el deseo de salvaguardar el «efecto útil» del límite, sino el anómalo hecho de que la parodia es en realidad un límite que se relaciona con el derecho de transformación, facultad, que, sin embargo, no armonizan los arts. 2 y 3 de la Directiva 2001/29, como ya he explicado. De ahí que el recurso en este caso al «efecto útil» de los límites (que es otra manera de recurrir a la idea de su espíritu o finalidad última) tiene el objetivo de escapar de la regla de interpretación estricta del art. 5.5 de la Directiva, sorteando así la jurisprudencia anterior del propio TJUE sobre la cuestión.

El problema a mi juicio es que esta aplicación exorbitante del ámbito de la parodia se hace a costa del derecho exclusivo del autor, y no parece que en el juego de equilibrios que hay que hacer entre ambos derechos uno de ellos deba tener una preeminencia tan clara sobre el otro, como parece apuntar el Tribunal de Justicia.

De hecho, la preocupación fundamental del Tribunal en este caso no es que la parodia perjudique el derecho patrimonial del autor, sino que sea contraria a otros derechos fundamentales de la Carta (en especial, al derecho de igualdad). Y esta falta de consideración de los intereses patrimoniales del autor nos proporciona motivos muy serios para pensar que la adopción de un concepto de parodia desvinculado de la originalidad es contrario al art. 5.5 de la Directiva. Lo que tiene la consecuencia de que la interpretación que hace el Tribunal de Justicia en la sentencia del caso *Deckmyn* no garantiza el «justo equilibrio» entre el derecho a la liber-

---

(37) Señala en concreto el Tribunal en el apartado 23 de la sentencia que En efecto, la interpretación del concepto de parodia debe, en cualquier caso, permitir salvaguardar el efecto útil de la excepción establecida y respetar su finalidad (véase, en este sentido, la sentencia *Football Association Premier League* y otros, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631, apartado 163).

tad de expresión de los beneficiarios del límite del art. 5.3 k) y los derechos e intereses de los autores, principio que debe guiar toda la actividad del Tribunal en la materia, como los apartados 26 (38) y 27 (39) de la sentencia señalan con toda claridad.

Es perfectamente entendible por tanto que la doctrina más autorizada (40) considere que al prescindir del requisito de la originalidad en el art. 5.3 k) de la Directiva el TJUE está haciendo una interpretación de dicha norma que perjudica injustificadamente los legítimos intereses de los autores, en contra de lo que prevé el art. 5.5 de la norma. A lo que cabría sin embargo añadir que es posible que en la práctica la interpretación que hagan los Tribunales nacionales de la doctrina de las «diferencias aparentes» meta de nuevo por la ventana lo que el TJUE acaba de sacar por la puerta, pues parece claro que la tendencia será a asimilar la idea de «falta de diferencias aparentes» con de «falta de originalidad».

### C. La construcción de un concepto de parodia desligado del requisito de la originalidad no es necesaria para la armonización del mercado interior

Además de una posible contradicción con la «prueba de las tres etapas» del art. 5.5 de la Directiva, existe un segundo argumento para rechazar el concepto exorbitante de parodia que propone el Tribunal de Justicia, que es que la finalidad de las normas sobre límites en la Directiva es asegurar la armonización del mercado interior, no favorecer la libertad de expresión de los usuarios de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Así se desprende en especial del Considerando 31 de la Directiva, que es citado por el Tribunal de manera peculiar, en claro contraste con la cita que se hace del mismo en las Conclusiones del Abogado General.

En efecto, el apartado 4 de la sentencia transcribe el Considerando 31 de la Directiva, pero incluyendo sólo el primer párrafo, que dice:

«Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas.»

(38) Señala dicho apartado 26 que: «Asimismo, como se desprende del trigésimo primer considerando de la Directiva 2001/29, las excepciones a los derechos establecidos en los artículos 2 y 3 de dicha Directiva, previstas en el artículo 5 de ésta, pretenden mantener un «justo equilibrio» entre los derechos e intereses de los autores, por un lado, y los de los usuarios de prestaciones protegidas, por otro (véanse, en este sentido, las sentencias Padawan, EU:C:2010:620, apartado 43, y Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, apartado 132)».

(39) Dice el apartado 27 que: «Se deriva de lo anterior que la aplicación en una situación concreta de la excepción por parodia, conforme al artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29, debe respetar un justo equilibrio entre, por un lado, los intereses y derechos de las personas contempladas en los artículos 2 y 3 de dicha Directiva y, por otro, la libertad de expresión del usuario de una obra protegida que invoque la excepción por parodia, con arreglo al referido artículo 5, apartado 3, letra k)».

(40) Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La parodia», en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 7/2014, Tribuna, BIB 2014/3647. Dice en concreto al respecto el Profesor Bercovitz que «Cabe cuestionar la doctrina sentada por esta sentencia, puesto que acoge un ámbito tan amplio para la excepción de parodia que abre las puertas al *saqueo* de los derechos de propiedad intelectual en aras de la libertad de expresión» (la cursiva es del propio R. Bercovitz).

Sin embargo, dicho Considerando 31 tiene cuatro párrafos más, en los que claramente se vincula la regulación de los límites a la adecuada armonización del mercado interior.

En efecto, el Considerando 31 (que sí cita completo el Abogado General), continúa diciendo que:

«Las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos inciden directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Tales diferencias podrían perfectamente acentuarse a medida que se desarrollen la explotación transfronteriza de las obras y las actividades transfronterizas. *Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, resulta oportuno definir de manera más armonizada tales excepciones y limitaciones. El grado de armonización de las mismas debe estar en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior.*»

(La cursiva es propia.)

Es claro por tanto que las legislaciones de los Estados miembros sólo tienen que ser armonizadas en función del impacto que puedan tener los límites nacionales en el mercado interior. No puede ser además de otra manera, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que deben informar el Derecho comunitario *ex art. 5 del Tratado de la UE*. En este caso los Estados miembros pueden alcanzar eficazmente los objetivos de la Directiva (una adecuada protección de la propiedad intelectual) estableciendo la definición de parodia que consideren más ajustada a su propio Ordenamiento jurídico, sin que sea necesaria una armonización de máximos como la que pretende el TJUE.

De hecho, las propias reglas sobre interpretación de los conceptos de Derecho autónomo sentadas por el Tribunal de Justicia inciden en que una disposición tiene que ser interpretada de manera autónoma y uniforme teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y *el objetivo que la normativa de que se trata pretende alcanzar*. Pues bien, como acabo de señalar, el objetivo de las normas sobre límites es simplemente garantizar el correcto funcionamiento el mercado interior en materia de explotación de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual (41).

Y no parece que lo más aconsejable para garantizar un correcto funcionamiento del mercado interior sea que se admita que está cubierto por el límite de parodia (y exento por tanto de licencia del autor) cualquier reproducción de la obra con fines paródicos que tenga unas meras «diferencias perceptibles» con la obra parodiada. Ello aumentaría de manera muy considerable el número de usos de las obras que no generan contraprestación alguna para el autor al amparo de la libertad de expresión, pudiendo distorsionar con ello gravemente el mercado interior de explotación de obras y prestaciones protegidas.

---

(41) Este principio general de cierta libertad para los Estados miembros era subrayado también en las propias conclusiones el Abogado General, que decía a este respecto literalmente en su apartado 38 que: «Finalmente, hay que destacar que la naturaleza de «concepto autónomo» del Derecho de la Unión no excluye que, en el caso de que una directiva –como es el caso– no proporcione criterios suficientemente precisos para delimitar las obligaciones que establece, los Estados miembros puedan disfrutar de un amplio margen de apreciación para determinar tales criterios».

## 2. LA FALTA DE DIFERENCIACIÓN ENTRE LA *TARGET PARODY* Y LA *WEAPON PARODY*

Cuando el TJUE define la parodia simplemente como «imitación burlesca» se está prescindiendo de un requisito que está presente en la legislación o en la tradición doctrinal de muchos Estados miembros (entre ellos, España). Se trata de la exigencia de que la parodia deba orientarse a ridiculizar o hacer burla de *otra obra*.

Se trata esta de una cuestión por la que había preguntado expresamente el órgano remitente, que en su segunda cuestión prejudicial inquirió al TJUE para que se pronunciara acerca de si era un requisito esencial de la parodia «estar dirigida a hacer humor o burla, con independencia de si la crítica eventualmente realizada afecta a la obra original o bien a algo o a otra persona».

Cuestión a la que el TJUE responde señalando que no es un requisito del concepto autónomo de parodia que ésta «incida sobre la propia obra original». De este modo el TJUE no establece restricción alguna sobre cuál puede ser el objeto legítimo de la burla, ignorando así la *summa divisio* tradicional en esta materia, que diferencia entre la parodia *de la obra* o que tiene como objeto la obra (en terminología anglosajona, la *target parody*) y la parodia que se utiliza como instrumento de burla o ridiculización de un tercero (parodia *con la obra*). En este segundo caso la parodia es utilizada como arma arrojada (revestida de humor) contra un tercero, y de ahí que la doctrina anglosajona hable de *weapon parody* (42).

El primer tipo de parodia es el tradicional, y está admitido en la práctica totalidad de los Estados miembros (incluyendo España). Así, podemos pensar en las burlas de Quevedo al estilo recargado de la poesía de Góngora, que es el caso típico en el que la obra de un autor es parodiada por otro, que la considera de mala calidad, ofensiva o simplemente intrascendente. En este caso el límite de parodia se justifica para ampliar y favorecer no sólo la libertad de expresión del autor de la parodia, sino también su derecho a la libre creación artística. Se entiende por tanto que sería excesivo e injustificado que el autor de una obra pudiera impedir o prohibir cualquier tipo de parodia referida a dicha obra, por mucho que le desagrade ver cómo su creación intelectual (y por extensión, él mismo como autor) es objeto de burla o chanza. De ahí que la doctrina española haya venido considerando que la *target parody* es la contemplada en el art. 39 LPI (43).

Es discutible sin embargo si el TJUE acierta al incluir la *weapon parody* dentro del concepto autónomo de parodia del art. 5.3 k) de la Directiva. Se trata de una cuestión en la que hay diferencias sustanciales en los Estados miembros, y aunque en España la doctrina se ha mostrado tradicionalmente reticente a admitirla (44), lo cierto es que el art. 39 LPI no menciona específicamente dicha restric-

(42) Vid. POSNER, R.S., «When is Parody Fair Use?», *Journal of legal Studies*, vol. XXI, 1992, p. 71.

(43) Vid. DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 39 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (R. Bercovitz, Coord.), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 650 y 651.

(44) Vid. PERDICES HUETOS, A., «La parodia en el derecho de autor y de marcas», *Pe.I (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 3, 1999, p. 50.

ción y las resoluciones judiciales son contradictorias (45), por lo que la cuestión sigue abierta.

En mi opinión, el TJUE acierta al no restringir el concepto autónomo de parodia a la parodia *de la obra*, abriendo así la puerta a incluir dentro del término parodia la imitación burlesca *de algo o de alguien*, aunque existen argumentos a favor de ambas posibilidades.

A favor de que sólo debe ser lícita la *target parody* juega por supuesto como argumento principal el de la protección del derecho de propiedad intelectual del autor. Es el autor el que tiene el derecho a explotar su obra económicamente (arts. 1 y 17 LPI), y dicha explotación se ve perjudicada por un concepto de parodia que incluye la *weapon parody*. Este concepto amplio de parodia tiene en la práctica el efecto de reducir el monopolio del titular, que tendrá que soportar un mayor número de transformaciones in consentidas de sus obras por parte de terceros. Esta afectación al derecho de propiedad intelectual del autor es especialmente acusada si tenemos además en cuenta que la parodia es un límite que no lleva aparejada contraprestación económica alguna para el autor. La obra se utiliza sin permiso del autor, y sin que éste reciba nada a cambio. La idea general que está detrás de dicho argumento sería por tanto que se puede por supuesto criticar políticamente a los rivales, pero siempre que uno se «tome la molestia» de elaborar su propia obra para llevar a cabo dicha crítica (46).

Con todo, me parecen mejores los argumentos a favor de admitir la *weapon parody*. Para empezar, hay que tener en cuenta que si el TJUE hubiera decidido

---

(45) *Vid.* por ejemplo la sentencia de la AP Barcelona (Sección 15.ª), de 10 de octubre de 2003 (AC 2003\1895). La AP niega la aplicación del límite de parodia en el caso en el que una obra fotográfica se inserta sin el permiso de su autor en un reportaje que pretendía parodiar a un personaje público, y por tanto no la propia obra. Dice a respecto la Audiencia Provincial de Barcelona que «Dicha doctrina, vertida ya, bajo la misma ponencia, en nuestra sentencia de 24 de abril de 2002, determina el rechazo de las tesis de la demandada, puesto que la utilización que se hace de la obra protegida no tiene como fin parodiar a ésta, como permite en determinadas circunstancias el artículo 39 TRLPI, sino ridiculizar algo ajeno a la misma (en este caso, a una Ministra del Gobierno de España o a una conducta protagonizada por ésta), bien que utilizando la fotografía en que consistía aquella para conseguirlo o para dar una mayor fuerza a la pretendida ironía. Por el contrario, la sentencia de la AP de Madrid de 2 de febrero de 2000 (AC 2000\8489) rechaza la existencia de una violación del de los derechos morales o patrimoniales en un caso en el que se utilizaba una canción modificando su letra para ser incluida en el programa de televisión, «La Parodia Nacional», y ello incluso reconociendo expresamente que «En la interpretación musical que aquí analizamos es evidente el ánimo burlesco o humorístico que (con mayor o menor fortuna) presenta la letra aplicada a la melodía de la canción «A la lima y al limón». Y también es claro que la burla no va dirigida ni contra la canción original ni contra sus autores, sino contra personas extrañas, ajenas a ellos, tomadas del ambiente de la denominada prensa rosa. De forma que habría que hablar, tal vez, de una «parodia indirecta o quebrada», porque la actividad humorística o burlesca no toma como objetivo a la creación imitada sino a personajes ajenos a ella. Más exactamente, se parodia a Pedro C., a Raquel M. o a «R.»; aunque para ello se utilice la música de «A la lima y al limón».

(46) *Vid.* en ese sentido también PERDICES HUETOS que señala: «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 parodias. 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». *Vid.* PERDICES HUETOS, A., «La parodia en el derecho de autor y de marcas», cit. p. 16.

limitar la parodia a la *target parody*, ello hubiera limitado la libertad de los Estados miembros, que no hubieran tenido la posibilidad de elaborar un concepto que incluyera la parodia *con la obra* en sus legislaciones nacionales. Se ha preferido por tanto un concepto amplio como punto de partida, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan luego establecer un concepto más estricto de parodia que incluya sólo la *target parody*. Sobre esta posibilidad de que los Estados miembros adopten un concepto estricto de parodia (o más estricto que el del TJUE) se volverá más adelante.

Con todo, el argumento principal para defender que dentro del concepto autónomo de parodia debe incluirse la *weapon parody* se relaciona específicamente con el derecho de la libertad de expresión, en la medida en que es habitual que se utilice el humor (como en el *caso Deckmyn*) con finalidad de crítica política. Parece por tanto que en la tensión entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho a la libertad de expresión (en su modalidad de expresión con finalidad de crítica política) éste último debe tener un margen adicional en una sociedad democrática. Parece justificado por tanto que en este caso el equilibrio adecuado entre los derechos se lleve a cabo dando una cierta preeminencia al derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la propiedad intelectual.

No se está haciendo con ello nada extraño a la tradición jurídica de los Estados miembros, pues en la gran mayoría de ellos (y desde luego, en España), la *weapon parody* también tiene un arraigo histórico importante. De hecho, en muchos momentos de la historia de España realmente el humor no es que fuera una más de las vías que existía para criticar al poder político (o religioso) establecido, es que era la vía principal, y a veces, la única que había para poder llevar a cabo dicha crítica sin riesgo de perder la cabeza (muchas veces, literalmente), en el intento. Pensemos por ejemplo en los bufones medievales o en el teatro de corrala del Antiguo Régimen, en donde se deslizaba la crítica a los poderosos (el señor medieval, el Rey) disfrazada de canción, chanza o romance.

Es claramente por esa vinculación con la libertad de expresión por lo que el Tribunal de Justicia decide adoptar un concepto amplio de parodia que incluye el uso de la obra con finalidad de crítica de algo o de alguien, y no sólo la que se reduce a criticar o ridiculizar una obra de otro autor (47).

Ello es además consistente con el hecho de que en el art. 5.3 k) de la Directiva se mencione el uso de la obra a efectos de «caricatura, parodia o pastiche», mención conjunta que no es casual. En efecto, la caricatura no recae en rigor tradicionalmente sobre una obra protegida por la propiedad intelectual, sino sobre una persona. Dicha persona es objeto de la caricatura, que exagera o deforma algún rasgo físico o moral de la misma, muchas veces mezclando la intención humorística y la finalidad crítica. La caricatura puede llevar aparejada una intromisión en el derecho a la imagen de la persona (si se reproduce su imagen ridiculizando un

---

(47) La idea de crear un concepto amplio de parodia está ya muy claramente en las Conclusiones del Abogado General, que sobre esta cuestión dice literalmente que: «Me inclino a creer que no cabe restringir la noción de parodia contenida en la Directiva al supuesto de la parodia que agota su sentido en la obra original parodiada». Y ello porque –continúa el AG– «no cabe negar que la crítica de las costumbres, la crítica social y la crítica política se han servido también, desde muy antiguo, y por claras razones de eficacia en el mensaje, del vehículo privilegiado que supone la alteración de una obra preexistente, suficientemente reconocible por el público al que dicha crítica se dirige».

rasgo físico) o en el derecho al honor de la misma (si lo que se ridiculiza es un aspecto más bien moral). Pero dicha intromisión se entiende generalmente justificada en aras a la libertad de expresión siempre que se mantenga en unos márgenes razonables. Así ocurre, por ejemplo, en el art. 8.2 b) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (48), que señala que no se considerará una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen «La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social».

Pues bien, si se admite la caricatura como mecanismo de limitar el derecho a la imagen (que es un derecho de la personalidad), en aras de favorecer la libertad expresión, parece razonable entender también que la parodia debe limitar el derecho de propiedad intelectual del autor (en su aspecto patrimonial, que es el único regulado por la Directiva 2001/29) también en aras de dicha libertad de expresión. Especialmente si, como digo, en el límite del art. 5.3 k) se maneja de manera indistinta los conceptos de «caricatura» y «parodia». La caricatura sería el uso de la imagen de una persona con finalidad humorística y/o crítica, mientras que la parodia sería el uso de la obra de un tercero con estas mismas finalidades.

En la práctica es frecuente además que ambas realidades se superpongan, y el caso concreto del dibujo distribuido por Deckmyn es un claro ejemplo: en la viñeta se están superponiendo la caricatura del Alcalde de Gante (que afecta a su derecho a la propia imagen) y la parodia (que afecta a la obra). Parece por tanto razonable dar un régimen jurídico homogéneo a ambas figuras, permitiendo la caricatura de la persona y la parodia de la obra con finalidad de crítica política, siempre que ello se haga dentro del «uso social» (como dice la Ley Orgánica 1/1982 para la caricatura) o «en observancia de las buenas costumbres» (como dice el art. 22.1 de la Ley belga para el caso de la parodia). Ello no quiere decir lógicamente que tengamos que admitir (en palabras de Perdices Huetos) «plagios travestidos de parodia (49)». La parodia debe ser en sí misma una obra original, no una «imitación maquillada» que alcanza su licitud al abrigo de la doctrina de la admisibilidad de la *weapon parody*.

### 3. PARODIA Y AFECTACIÓN A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA O A LA REPUTACIÓN DEL AUTOR

El TJUE es muy consciente de que los derechos morales de los autores no están armonizados a nivel europeo, y por tanto pasa de puntillas sobre la decisiva cuestión de si en este caso la parodia estaba afectando a los derechos morales del autor. Se trata de una cuestión especialmente difícil en este caso, puesto se trata de un autor ya fallecido y quienes reclaman son sus herederos.

Sin embargo, resulta evidente que el conflicto que late de fondo en la reclamación de los herederos de Willy Vandersteen se refiere a aspectos ligados a los derechos de la personalidad o derechos morales, y no a un aspecto puramente patrimonial. Así lo demuestra el hecho de que en este caso la parodia realizada por el señor

---

(48) BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

(49) PERDICES HUETOS, A., *La parodia en el derecho de autor y de marcas*, cit, p. 23

Deckmyn no hacía competencia alguna a la explotación patrimonial de la obra. Lo que se está parodiando es un dibujo incluido en un cómic probablemente descatalogado, y la parodia se incorpora en un escaso número de ejemplares de un calendario repartido en una recepción pública

Lo relevante por tanto es que existe un claro conflicto entre los valores imbuidos en la viñeta paródica y los valores íntimos de los herederos del autor, que claramente no apoyan el mensaje xenófobo de la viñeta. En concreto, parece claro que los herederos entienden que mediante una posible asociación a este mensaje xenófobo se está afectando a la integridad de la obra, provocando así también un menoscabo a la reputación del autor al vincularlo a un mensaje político con tintes racistas y excluyentes.

El TJUE dice literalmente sobre esta cuestión lo siguiente (apartados 30 y 31 de la sentencia):

«(30) (...) procede recordar la importancia del principio de no discriminación por razón de la raza, el color o el origen étnico, como lo concreta la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22), y lo confirma, en particular, el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»

«(31) En estas circunstancias, los titulares de los derechos previstos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29, como Vandersteen y otros, tienen en principio interés legítimo en que la obra protegida no se asocie a ese mensaje.»

A la vista está que el Tribunal no menciona de manera clara ni a los titulares de los derechos morales afectados (se limita a mencionar a «Vandersteen y otros») ni cuáles son dichos derechos, que quedan rebajados en la sentencia a un «interés legítimo a que la obra protegida no se asocie a ese mensaje» (el mensaje discriminatorio). De ahí que el Tribunal se limite a «recomendar» al Tribunal remitente cuál debería ser la solución al caso mediante el expediente de recordar la importancia del principio de no discriminación del art. 21.1 de la Carta.

Ello se explica, como hemos dicho, porque los derechos morales no se encuentran armonizados en las distintas Directivas en materia de propiedad intelectual, y es muy dudoso que hayan sido tenidos en cuenta en el art. 17 de la Carta, que se está centrando claramente en el aspecto patrimonial. Ello provoca que el concepto autónomo de parodia del art. 5.3 k) de la Directiva quede cojo, sólo puede desplegar sus efectos armonizadores en el ámbito patrimonial.

En el ámbito del derecho moral cada Estado miembro resolverá la cuestión de acuerdo con su Derecho nacional, y deberá valorar por tanto si la parodia está causando algún perjuicio a los intereses morales del autor. En el caso concreto del dibujo del calendario distribuido por el señor Deckmyn la posible interferencia con los derechos morales del dibujante deberá ser por tanto apreciada por el Tribunal remitente, aunque en el momento de redactar estas líneas aún no se había publicado la sentencia sobre el caso.

Pues bien, esta misma protección de los intereses morales sería necesaria si el supuesto se hubiera resuelto conforme a la legislación española, de acuerdo con los arts. 39 y 14.4.º LPI.

En efecto, el art. 39 de la LPI requiere que mediante la parodia no se «infiera un daño a la obra original o a su autor». Dicho daño a la obra original puede ser físico (quien pinta unos bigotes en un lienzo que contiene una pintura al óleo) o bien tener un carácter meramente intelectual (quien envilece una obra al vincularla a un mensaje xenófobo, como en el caso de Deckmyn). En ambos casos el ataque físico o intelectual a la obra puede llevar aparejados daños económicos (la obra pierde valor en el mercado por sufrir este daño físico o un daño «reputacional»). Las consecuencias estrictamente patrimoniales o económicas de dichos daños se contemplan en el art. 39 LPI, que se refiere a un límite al derecho patrimonial de transformación, sin abordar por tanto de manera directa la posible lesión a los derechos morales del autor.

Lo que ocurre es que frecuentemente el daño patrimonial a la obra también llevará aparejado un daño moral a su autor, que se puede ver vinculado de manera indirecta con una obra que está muy alejada de sus convicciones éticas, morales o religiosas. Lo que puede suponer una infracción del derecho moral a la integridad, de acuerdo con lo previsto en el art. 14.4.º de la Ley de Propiedad Intelectual (50). Y dado que el derecho a la integridad puede ser defendido en nuestro Derecho no sólo por el autor, sino también por quién éste disponga o por los herederos después de su muerte sin límite de tiempo [art. 15.1 LPI (51)] es posible que si el caso *Deckmyn* se hubiera planteado en España los Tribunales nacionales hubiera tenido en cuenta este aspecto puramente moral a la hora de decretar la posible ilicitud de la parodia controvertida.

#### IV. EFECTOS DEL CONCEPTO AUTÓNOMO DE PARODIA EN LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Como se ha argumentado en el presente trabajo, el TJUE ha decidido restringir el concepto de parodia a sus elementos esenciales (una imitación burlesca), limitando así la posibilidad de que las legislaciones de los Estados miembros adopten un concepto de parodia que incluya elementos adicionales a los dos mencionados por el propio Tribunal.

En especial, la omisión del requisito de la originalidad en la parodia abre la puerta a un uso indiscriminado del límite que puede suponer un claro desequilibrio entre la tutela del derecho a la libertad de expresión y la tutela del derecho de propiedad intelectual que el Tribunal, a mi juicio, no ha valorado convenientemente.

Sin embargo, es posible que los efectos potencialmente dañinos para los autores de un concepto tan amplio de parodia como el que sostiene el TJUE se vean limitados en la práctica por el hecho de que los Estados miembros pueden estable-

---

(50) Señala dicha norma que: «El autor tiene el derecho inalienable e irrenunciable a Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación».

(51) Señala dicha norma que: «1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos».

cer en sus legislaciones nacionales que el límite de parodia tenga condiciones más estrictas de las que se contienen en el art. 5.3 k) de la Directiva (que, en realidad, no establece condición alguna).

Y ello porque los límites de los arts. 5.2 y 5.3 de la Directiva son facultativos para los legisladores de los Estados miembros, que pueden decidir por tanto no incluir el límite de parodia en sus legislaciones nacionales. Y si pueden no incluirlo en absoluto, es razonable entender que pueden también incluirlo en condiciones más estrictas que las de la Directiva, con el argumento de que «quien puede lo más puede lo menos» (52). El concepto autónomo de parodia no es por tanto un concepto cerrado o unívoco, es simplemente un marco general dentro del que caben diferencias entre los distintos Estados miembros. Sólo si los Estados miembros se limitan a admitir sin más el límite de parodia (sin añadir condiciones o requisitos adicionales) será plenamente aplicable el concepto de derecho autónomo definido por el Tribunal de Justicia.

Entiendo en consecuencia que los legisladores de los Estados miembros están legitimados para «desactivar» el concepto amplio de parodia que propone el TJUE estableciendo requisitos adicionales para que la parodia sea lícita. Cabe, en especial, que un Estado miembro admita el límite de parodia en la legislación nacional sólo cuando la parodia reúna el requisito de originalidad suficiente para ser una obra diferente (como se hace en el art. 39 de la LPI española), sin reducirlo por tanto a que presente meras «diferencias perceptibles» con la obra parodiada (53). De igual modo, creo que también es posible que los legisladores nacionales incluyeran de manera explícita el requisito de que la parodia sólo puede incidir sobre la obra de un tercero, sin que pueda utilizarse dicha obra para criticar a algo o alguien ajeno a la misma. Y cabe también que la legislación del Estado miembro exija que se cite la fuente de la obra parodiada y que la parodia no pueda razonablemente atribuirse al autor de la obra original.

Parece también posible que los Estados miembros establezcan requisitos adicionales al límite de parodia distintos de los cuatro que se mencionan en la sentencia del *caso Deckmyn*. Y ello no sólo porque los límites son facultativos para los Estados miembros, sino también porque el órgano remitente de la cuestión pregunta expresamente (tercera cuestión prejudicial (54)) si existe algún requisito adicional (distinto de los ya mencionados) que formen parte del concepto autónomo de parodia. A lo que el TJUE no da respuesta directa al contestar de manera conjunta la segunda y la tercera cuestión prejudicial, limitándose así a decir que no forman parte del concepto de parodia los cuatro elementos por los que se le ha preguntado.

De dicha argumentación cabe deducir (aunque sea *a contrario*) que sí cabe añadir en la legislación nacional requisitos que limiten el concepto de parodia, siempre que se respete su núcleo esencial, que es la idea de «imitación burlesca». Cabe por tanto que se diga que la parodia sólo es lícita cuando no atente contra la moral y las buenas costumbres, como hace el legislador belga, o que la parodia se

(52) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La parodia», cit., p. 2 del artículo en PDF.

(53) *Vid.* en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La parodia», cit., p. 2 del artículo en PDF.

(54) El órgano remitente preguntaba literalmente en esta tercera cuestión prejudicial lo siguiente: «¿Debe una obra cumplir otros requisitos o poseer otras características para tener la consideración de parodia?».

límite a cierto tipo de obras (en especial, la obras literarias, musicales o audiovisuales). Es asimismo posible también que, como ocurre en España, el art. 39 de la LPI exija que la parodia no implique riesgo de confusión con la obra original (55), que se haga de una obra que esté ya divulgada y que no cause un daño a la obra o a su autor. No hay necesidad por tanto de modificar la LPI para adaptarse a la sentencia del TJUE en el *caso Deckmyn*.

Está por ver sin embargo en qué medida deciden los Tribunales españoles incorporar en la práctica el concepto autónomo de parodia en nuestro Ordenamiento jurídico. Es posible que entiendan (como se hace en el presente trabajo) que en la medida en que el legislador utiliza un concepto «estricto» de parodia en el art. 39 LPI el carácter facultativo del límite provoca que no haya que adaptarse de forma rígida a la jurisprudencia del TJUE en el *caso Deckmyn*.

Pero incluso si los Tribunales españoles deciden que la parodia que menciona el art. 39 LPI debe ser definida de acuerdo con el concepto autónomo elaborado por el Tribunal de Justicia, en la práctica parece que el hecho de que los jueces nacionales tengan siempre la última palabra para aplicar o no el límite en el caso concreto acudiendo a algo tan inconcreto como el «equilibrio de intereses» entre el derecho de propiedad intelectual del autor y el derecho de libertad de expresión del parodista va a impedir que el concepto amplio de parodia que establece el TJCE se imponga de manera uniforme en todos los Estados miembros de la UE.

Buen ejemplo de esto que digo puede ser la sentencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof o BGH*) de 29 de julio de 2016 (56). Se trata de un caso en el que el autor de una fotografía de una conocida actriz que posa con ropa ajustada y en actitud *sexy* demanda a quien había modificado digitalmente la foto para crear la apariencia de que la actriz tenía un gran sobrepeso. La finalidad de la obra modificada era presentarla a un concurso *on-line* que proponía a los participantes que mandaran fotos trucadas de personajes públicos para hacerlos aparecer mucho más gordos de lo que en realidad eran. Se trata por tanto de un caso de parodia sin finalidad política, y en la que existe un cierto ánimo de lucro mediato o indirecto, pues siempre existe la posibilidad de que la foto modificada que envíe el usuario resulte la ganadora del premio del concurso.

Es importante reseñar además que la legislación alemana no contempla como tal el límite de parodia, ni utiliza dicha palabra en la Ley. En la práctica, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia germana (57) han desarrollado el límite de parodia al abrigo de la excepción de «usos gratuitos» del párrafo 24 (1) de la Ley alemana de Derecho de Autor (*Urheberrechtsgesetz* o *UrhG*) (58). Dicha norma establece

(55) El art. 39 LPI sólo considera lícita la parodia cuando no haya riesgo de confusión entre la *obra original* y la *obra parodiada* (no entre sus autores). Dicha confusión se dará, en especial, en los supuestos en los que no haya originalidad suficiente en la parodia como para hablar de auténtica transformación: los supuestos a los que antes me referí como «imitaciones maquilladas», que son simplemente casos de infracción del derecho de reproducción.

(56) *Vid.* <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75832&pos=0&anz=1>. *Vid.* la reseña en MAIER, H., «German Federal Court of Justice rules on parody and free use», *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 12 (1), 2017, pp. 16-17.

(57) *Vid.* DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 39 LPI», cit., p. 658.

(58) Dice la norma, bajo la rúbrica de «Freie Benutzung» que «Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden».

que una obra creada de manera independiente y de forma gratuita a partir de la obra de otro autor puede ser publicada o explotada sin el consentimiento del autor de la obra preexistente. En la práctica, la cláusula se ha entendido como una suerte de versión del *fair use* o excepción de usos lícitos, en los casos en los que la obra derivada claramente no entra en contradicción con la explotación económica de la obra original. Lo que hacen los Tribunales es por tanto valorar todos los factores en juego, y, en especial, en el caso de los usos paródicos, si realmente existe un interés legítimo basado en la libertad de expresión que deba tener preeminencia sobre los derechos exclusivos del autor.

Lo interesante de la sentencia es que el BGH declara que el efecto práctico del límite de usos gratuitos del parágrafo 24 (1) de la Ley alemana es muy similar al límite de parodia del art. 5.3.k) de la Directiva, por lo que resulta de aplicación en este caso el concepto autónomo de parodia. Es además relevante que el Tribunal Supremo alemán señala específicamente que ello significa que la parodia, para ser tal, no requiere originalidad, sólo la existencia de diferencias perceptibles con la obra parodiada. Tampoco tiene que limitarse necesariamente a la crítica de la obra parodiada, siendo admisible por tanto la *weapon parody*. De ahí que el Tribunal entienda que la fotografía del litigio encaja dentro del concepto autónomo de parodia que el TJUE ha establecido en el caso *Deckmyn*.

El BGH no llega sin embargo a decidir la cuestión de manera definitiva, sino que devuelve el caso al Tribunal de instancia para que resuelva teniendo en cuenta que se debe llegar a un justo equilibrio entre los derechos del autor de la fotografía y los del usuario. Para ello se instruye al Tribunal de instancia para que tenga en cuenta, por un lado, que la distorsión de la fotografía podría incidir en los derechos morales del autor de la misma (parágrafo 14 de la *UrhG*) y en el interés legítimo de dicho autor en no verse asociado con una posible vulneración del derecho a la imagen de la actriz. Pero, por otro lado, deberá tenerse en cuenta que está en juego el derecho a la libertad de expresión del autor de la fotografía trucada, porque estamos ante una parodia que trata de ridiculizar la visión de la mujer como objeto sexual presente en algunos medios de comunicación. De donde se desprende que incluso ajustándose de manera teórica al concepto amplio de parodia que maneja el TJUE en *Deckmyn* (como hace el BGH), cabe que luego en la práctica el Tribunal entienda que en el caso concreto el límite no es aplicable por no respetarse el justo equilibrio de intereses.

Parece muy posible que esta sea la tónica general entre los tribunales del resto de países de la Unión Europea, de manera que en un principio se acepte un concepto muy amplio de parodia ajustado a la doctrina del TJUE que luego sin embargo se puede restringir con el argumento de que *en ese caso concreto* el derecho a la libre expresión del usuario no tiene la fuerza suficiente como para contrarrestar el derecho a la propiedad intelectual de la obra parodiada.

Es posible por tanto que al decidir *in casu* los tribunales españoles digan *prima facie* que la parodia no requiere originalidad y que puede ser lícita incluso cuando la crítica se hace «de algo o de alguien» (acomodándose así formalmente al concepto autónomo de parodia elaborado por el TJUE), para luego sin embargo entender que la parodia discutida no respeta el «justo equilibrio» entre el derecho de autor y el derecho a la libertad expresión por perjudicar a la obra o a la autor, existir riesgo de confusión o referirse a una obra no divulgada. Se estarían así introduciendo de nuevo criterios de legalidad vinculados con el Derecho nacional en el

análisis, pero respetando formalmente la aproximación a nivel «constitucional» (como juego de equilibrios de derechos fundamentales de la Carta) que el TJUE plantea en el *caso Deckmyn*.

## V. CONCLUSIÓN

En el presente trabajo hemos analizado algunos supuestos de conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales tutelados por la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, como puede ser el derecho a no ser discriminado o el derecho a la propiedad intelectual. Para ello hemos analizado la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con ésta cuestión, en especial en la sentencia del *caso Deckmyn*, en un supuesto de parodia con finalidad de crítica política. El TJUE ha decidido que la parodia es un concepto autónomo de Derecho europeo, estableciendo además una definición muy amplia que tiende a maximizar el ámbito del derecho a la libertad de expresión.

Ello puede plantear problemas específicos en el ámbito del derecho a la propiedad intelectual, puesto que la utilización de un concepto autónomo de parodia de tal amplitud puede entrar en conflicto con otras normas de la propia Directiva, y en especial con el art. 5.5 de la misma, que establece la llamada «prueba de las tres etapas».

Con todo, los Estados miembros tienen la posibilidad de reducir el impacto que la definición establecida por el TJUE puede provocar en sus ordenamientos estableciendo en la legislación nacional una definición del límite más restrictiva que la de la Directiva, lo que resulta posible al ser los límites de los arts. 5.2, 5.2 y 5.4 meramente facultativos para los Estados miembros.

Es posible además que en muchos países los tribunales nacionales decidan que, a la luz del justo equilibrio entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho a la libre expresión, una parodia en concreto no debe ser lícita, de manera que la ampliación en la definición de parodia no tiene por qué llevar aparejada en la práctica una admisión de la misma en casos de clara contradicción con el derecho de autor.