

**UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**LIMITACIONES DOCENTES A LA PROPIEDAD  
INTELLECTUAL**

**DERECHO INTERNACIONAL, ESPAÑOL Y  
COMPARADO**

**Y**

**OPCIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA**

**TESIS DOCTORAL**  
**MARÍA J. IGLESIAS**

**DIRECTOR**  
**SANTIAGO CAVANILLAS**

**PALMA DE MALLORCA**  
**Septiembre 2007**



*Al CEDIB*

*A mis padres y a mi hermano*

*A Ro*

*A Paco*



# ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b>	<b>i</b>
<b>ABREVIATURAS</b>	<b>xi</b>
<b>Introducción</b>	<b>1</b>
<b>Introduction</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1 LIMITACIONES CON FINES DE ENSEÑANZA: ASPECTOS GENERALES</b>	<b>11</b>
<b>I. LOS LÍMITES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL</b>	<b>11</b>
1 Límites a la propiedad intelectual	11
1.1 Introducción	11
1.2 Tipología de límites a la propiedad intelectual	12
A. Límites externos	13
B. Límites ontológicos	14
C. Las limitaciones a la propiedad intelectual	16
D. Una categoría fronteriza: La definición de una manifestación concreta del derecho de explotación. Público y privado y algunas utilizaciones llevadas a cabo en los centros educativos	16
2 Limitaciones educativas y limitaciones con fines de enseñanza. Tipología	19
2.1 Introducción	19
2.2 Limitaciones con fines de enseñanza	19
A. Limitaciones docentes	20
B. Limitaciones docentes vs. limitaciones con fines de estudio privado y de investigación.	22
C. Limitaciones referidas a la incorporación de obras protegidas en materiales de naturaleza didáctica. Especial referencia a las crestomatías o antologías y a los programas y grabaciones educativas	24
2.3 Más limitaciones educativas: la utilización en masa de obras protegidas y la celebración de actos escolares	25
2.4 Otras limitaciones relacionadas con fines educativos	28
<b>II. LAS LIMITACIONES: APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA A LAS TÉCNICAS DE LIMITACIÓN Y FISONOMÍA DE LAS LIMITACIONES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS LIMITACIONES DOCENTES</b>	<b>29</b>
1 Generalidades. El concepto: ¿límites?, ¿excepciones?, ¿limitaciones?	29
A. Límites	29
B. Límites vs. limitaciones. Excepciones	30
C. Excepciones vs. limitaciones	31
D. A favor del término limitaciones	32

2 La técnica de restricción	34
2.1 Tipos de técnicas de restricción	34
A. Introducción	34
B. Excepciones	35
C. Licencias no voluntarias. Licencias legales	35
D. Licencias no voluntarias. Licencias obligatorias	38
E. Gestión colectiva no voluntaria. Gestión colectiva obligatoria	40
F. Gestión colectiva no voluntaria. Licencias colectivas ampliadas	42
2.2 El <i>modus operandi</i> de las limitaciones. La subsidiariedad	43
2.3 Ventajas e inconvenientes de los sistemas de licencia	44
A. En contra de los sistemas de licencia	45
B. A favor de los sistemas de licencia	46
2.4 Técnicas de restricción y nuevas tecnologías	47
A. Las licencias no voluntarias: ¿una respuesta al desafío tecnológico?	47
B. La gestión colectiva obligatoria, ¿sobrevivirá a los <i>DRM</i> ?	49
C. Nuevas tecnologías y limitaciones docentes	50
3 Fisonomía de las limitaciones de enseñanza en las grandes familias de la regulación de la propiedad intelectual	53
3.1 <i>Droit d'Auteur vs. Copyright</i> : fisonomía de los derechos y las limitaciones	53
A. Panorámica...	53
B... con matices	56
3.2 La fisonomía de las limitaciones de enseñanza	60
A. <i>Droit d'Auteur</i> : el derecho de cita	61
B. <i>Copyright</i> : del <i>fair use</i> y las excepciones estadounidenses a las licencias obligatorias australianas	62
C. Otros sistemas	63

### III. EL PORQUÉ Y EL CÓMO (MODELO NORMATIVO) DE LAS LIMITACIONES DOCENTES 64

1 Introducción	64
2 La justificación de la propiedad intelectual (y de las limitaciones —especialmente las docentes—) a través del paradigma de la esfera pública	66
2.1 Justificación de la propiedad intelectual	66
A. Introducción	66
B. La Ilustración: el uso público de la razón y la configuración de la esfera pública	67
C. La esfera pública y los bienes culturales	68
D. La propiedad intelectual como instrumento facilitador de la esfera pública. La función social de la propiedad intelectual	69
E. La Esfera Pública, el Derecho de propiedad intelectual y la Sociedad de la Información	72
2.2 El rol de la educación en la esfera pública: el carácter “necesario y relativo” de las limitaciones docentes	74
2.3 Las limitaciones a la luz del paradigma de la esfera pública. Especial referencia a las limitaciones con fines educativos	78
A. Justificación de las limitaciones = justificación del Derecho de propiedad intelectual	78
B. Categorías de limitaciones de acuerdo con el paradigma de la esfera pública	79
<i>b1 Limitaciones que favorecen el acceso de los autores a la esfera pública</i>	80
<i>b2 Limitaciones que favorecen el acceso del público a la esfera pública</i>	80
<i>b3 Limitaciones que favorecen la discursividad</i>	80

<i>b4 Las limitaciones educativas</i> _____	81
C. El carácter relativo de las limitaciones _____	82
3 La dimensión económica del Derecho de propiedad intelectual: el modelo de restricción en relación con el funcionamiento del mercado _____	84
3.1 La evolución de la normativa del Derecho de propiedad intelectual: expansión del ámbito privado e intensa regulación del mercado _____	84
3.2 Aproximación al análisis económico del Derecho _____	86
A. Introducción _____	86
B. El análisis económico del Derecho de propiedad intelectual _____	89
C. Las limitaciones como respuestas a los fallos del mercado _____	92
D. Las críticas al análisis de la Escuela de Chicago. Nuevos aires para el análisis económico del Derecho de propiedad intelectual _____	94
3.3 La relación entre la técnica de restricción y el funcionamiento del mercado _____	96
A. El mercado al servicio de la esfera pública _____	96
B. La técnica de restricción _____	96
C. La articulación de las limitaciones: la subsidiariedad _____	97
D. La co-regulación y la autorregulación _____	97
4 El Derecho de propiedad intelectual como equilibrio de intereses _____	99
4.1 Tipología de intereses _____	100
A. Intereses privados _____	100
B. Intereses generales o interés público _____	102
4.2 La articulación de los intereses _____	104
4.3 Las limitaciones docentes y los diferentes intereses en juego _____	106
A. Las limitaciones docentes: concurso de intereses generales e intereses privados _____	106
B. Soluciones equilibradas _____	110
5 La relación entre las limitaciones docentes y los derechos y libertades fundamentales _____	111

## **CAPÍTULO 2: LAS LIMITACIONES DE ENSEÑANZA EN EL DERECHO DE AUTOR INTERNACIONAL Y COMUNITARIO** \_\_ 121

<b>I. EL CONVENIO DE BERNA</b> _____	<b>123</b>
1 El artículo 10.2 del Convenio de Berna _____	123
1.1 Introducción y Antecedentes _____	123
1.2 Análisis del art. 10.2 _____	124
A. Obras afectadas _____	124
B. Derechos afectados _____	125
C. Finalidad _____	128
D. Otras condiciones: “en la medida justificada por el fin perseguido” y “conforme a los usos honrados” _____	130
E. Beneficiarios _____	132
F. Técnica de restricción: de la excepción a las licencias no voluntarias _____	133
G. La protección de los derechos morales _____	135
1.3 Otros mecanismos que amparan la introducción en los textos nacionales de limitaciones educativas o con fines de enseñanza: el art. 9.2, los límites implícitos y las “ <i>minor exceptions</i> ” _____	135
1.4 El CB y las limitaciones educativas (tipología): Breve referencia a algunas de las utilidades permitidas _____	137
A. Limitaciones con fines de enseñanza: limitaciones docentes _____	137

B. Limitaciones con fines de enseñanza: la incorporación de obras protegidas en materiales de naturaleza didáctica	137
C. Limitaciones con fines de uso privado o investigación	138
D. La utilización en masa de las obras protegidas. Especial referencia a la reprografía	139
E. La utilización de la obra en eventos escolares	142
2 Las licencias para los países en desarrollo: el Anexo a Berna	142
2.1 Introducción. Apuntes históricos	142
A. De Brazzaville a Estocolmo	142
B. De la crisis de Estocolmo al Acta de París	146
2.2 Régimen jurídico del Anexo	148
A. Introducción	148
B. Países beneficiarios del Anexo	151
C. Alcance de las licencias. Obras y derechos afectados	153
<i>c1 Las licencias generales de traducción</i>	153
<i>c2 Las licencias de traducción para radiodifusión</i>	155
<i>c3 Las licencias de reproducción</i>	156
D. Finalidad adscrita a las licencias	158
<i>d1 Las licencias de traducción: uso escolar, universitario o de investigación</i>	158
<i>d2 Las licencias de reproducción: enseñanza escolar o universitaria</i>	159
E. La concesión de las licencias	159
<i>e1 Autoridad otorgante</i>	159
<i>e2 Beneficiarios de las licencias</i>	159
<i>e3 Obligaciones de información</i>	160
<i>e4 Períodos de exclusividad y plazos de gracia</i>	162
Períodos de exclusividad	163
Plazos de gracia	166
F. La protección de los intereses de los autores	166
<i>f1 La remuneración equitativa</i>	166
<i>f2 El respeto a los derechos morales</i>	167
G. El régimen de los ejemplares producidos al amparo de las licencias. La prohibición de exportación	168
H. La caducidad de las licencias	169
2.3 La aplicación práctica del Anexo. Valoración	170
2.4 ¿Resucita el Anexo?	172

## II. LAS LIMITACIONES CON FINES DE ENSEÑANZA EN EL DERECHO COMUNITARIO 179

1 La Directiva 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	180
1.1 El régimen de las limitaciones en la DDASI	180
A. Introducción	180
B. La “armonización de las limitaciones”	181
<i>b1 La lista de limitaciones</i>	181
<i>b2 La fisonomía de las limitaciones</i>	185
<i>b3 La técnica de restricción</i>	185
<i>b4 Valoración del alcance de la pretendida armonización de las limitaciones</i>	189
C. El test en tres pasos	190
<i>c1 Introducción</i>	190
<i>c2 Los destinatarios del art. 5.5: ¿el juez y/o el legislador?</i>	192



<i>c3 Los criterios del test: 1º- determinados casos concretos</i>	196
<i>c4 Los criterios del test: 2º- la explotación normal de la obra</i>	199
<i>c5 Los criterios del test: 3º- el perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho</i>	201
<i>c6 La lectura del test en tres pasos</i>	203
D. Medidas tecnológicas de protección y limitaciones	204
E. Consideraciones finales	215
1.2 La limitación relativa a la ilustración con fines educativos	218
A. Introducción	218
B. Obras afectadas	220
C. Derechos afectados	221
D. Finalidad: la ilustración con fines educativos	222
E. Otras restricciones: “en la medida en la esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”	226
<i>e1 La finalidad no comercial</i>	227
<i>e2 La cláusula general</i>	229
F. Beneficiarios de la limitación	230
G. Técnica de restricción	231
<i>g1 Introducción</i>	231
<i>g2 La exclusión de la gestión colectiva y de los regímenes de licencias colectivas ampliadas del concepto de “excepciones y limitaciones” utilizado en el art. 5 de la DDASI</i>	232
<i>g3 Y las licencias obligatorias: ¿también al margen de la DDASI?</i>	235
<i>g4 La preferencia por la subsidiariedad</i>	236
H. El “baile” de la fuente	237
2 Las limitaciones con fines educativos en otras disposiciones del acervo comunitario: La Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos	242
2.1 Introducción	242
2.2 El derecho de autor sobre las bases de datos y las limitaciones.	245
A. Introducción	245
B. Nociones básicas relativas a las limitaciones al derecho de autor sobre las bases de datos	245
<i>b1 Lista abierta o cerrada de limitaciones</i>	246
<i>b2 Relación entre las tres limitaciones y la cláusula “pseudo-abierta” de la letra d)</i>	248
C. Análisis del art. 6.2 b)	250
<i>c1 Antecedentes</i>	250
<i>c2 Beneficiarios</i>	253
<i>c3 Derechos afectados</i>	253
<i>c4 La finalidad</i>	253
<i>c5 Cláusula general</i>	255
<i>c6 El respeto a los derechos morales</i>	256
<i>c7 El alcance práctico de la limitación</i>	256
2.3 El derecho <i>sui generis</i> . Limitaciones	257
A. Generalidades	257
<i>a1 Alcance del derecho sui generis: la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos</i>	257
<i>a2 Parte sustancial</i>	259
<i>a3 La extracción y o reutilización de partes no sustanciales</i>	261
B. Las limitaciones al derecho <i>sui generis</i> . Generalidades	261
<i>b1 Lista cerrada</i>	261
<i>b2 El test en tres pasos</i>	263
<i>b3 Usuario legítimo</i>	264

C. La limitación con fines de ilustración _____	270
<i>c1 Derechos afectados</i> _____	270
<i>c2 Beneficiarios</i> _____	272
<i>c3 El requisito relativo a la divulgación de la base de datos y la alusión a la fuente</i> _____	272
2.4 Consideraciones finales. Especial referencia al Informe de evaluación de la DBD _____	272

## **CAPÍTULO 3: LAS EXCEPCIONES DOCENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS LIMITACIONES DOCENTES EN DERECHO COMPARADO Y A SU APLICACIÓN EN LA ENSEÑANZA EN LÍNEA \_\_\_\_\_ 277**

### **I. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN DE LOS “LÍMITES” AL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA LPI \_\_\_\_\_ 278**

1 El listado de “límites” a la propiedad intelectual. En especial la reforma de la LPI _____	278
1.1 La Reforma de la Ley 23/2006 _____	278
1.2 El listado de límites de la LPI _____	289
2 El test en tres pasos _____	291
3 La articulación de los límites a la propiedad intelectual y las medidas tecnológicas de protección _____	295

### **II. EL ARTÍCULO 32.2 DE LA LPI \_\_\_\_\_ 301**

1 Introducción y antecedentes _____	301
2 Ámbito subjetivo de aplicación _____	314
2.1 Ámbito subjetivo de aplicación de las limitaciones docentes en el Derecho comparado _____	314
2.2 Ámbito subjetivo de aplicación del art. 32.2 LPI _____	316
A. Antecedentes _____	316
B. Derecho vigente _____	321
<i>b1 El profesorado...</i> _____	321
<i>b2... de Educación reglada</i> _____	325
<i>b3 “Profesorado de Educación Reglada”</i> _____	335
3 Derechos afectados _____	336
3.1 Derechos afectados por las limitaciones docentes en el Derecho comparado _____	336
3.2 Los derechos afectados en el art. 32.2 de la LPI _____	338
A. Antecedentes _____	338
B. Derecho vigente _____	339
4 Obras afectadas. Restricciones cuantitativas _____	340
4.1 Derecho comparado _____	340
4.2 Restricciones cuantitativas en el art. 32.2 LPI _____	343
A. Antecedentes _____	343
B. Derecho vigente _____	344
5 Obras afectadas. Restricciones cualitativas _____	350
5.1 Derecho comparado _____	350
5.2 Restricciones cualitativas en el art. 32.2 LPI _____	351
A. Antecedentes _____	351
B. Derecho vigente _____	353
<i>b1 Libros de texto</i> _____	354

<i>b2 Los manuales universitarios</i> _____	357
<i>b3 Consideraciones finales</i> _____	358
6 La finalidad _____	359
6.1 Introducción. Breve referencia al Derecho comparado _____	359
6.2 Normativa interna _____	360
A. Antecedentes _____	360
B. Derecho vigente _____	363
7 La cláusula general: (“en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”) _____	367
8 El reconocimiento a la fuente y el autor _____	369
9 El régimen especial de las compilaciones _____	371
9.1 La realización de las compilaciones en otros ordenamientos _____	371
9.2 La prohibición de las compilaciones en el art. 32.2.2º LPI _____	372
A. Antecedentes _____	372
B. Derecho vigente _____	373
10 Técnica de restricción _____	378
<b>III. LAS LIMITACIONES DOCENTES EN LA ENSEÑANZA EN LÍNEA</b> _____	<b>382</b>
1 Introducción _____	382
2 Bélgica: una licencia no voluntaria específica para la puesta a disposición al público _____	385
2.1 Introducción _____	385
2.2 Análisis del art. 22§1.4º <i>quater</i> de la <i>Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins</i> _____	391
A. Obras afectadas _____	392
B. Beneficiarios _____	393
C. Redes cerradas _____	394
D. Otros requisitos _____	394
E. La fuente _____	395
F. Técnica de restricción _____	395
3 Francia: ¿de la autorregulación a una licencia no voluntaria? _____	397
3.1 Introducción _____	397
3.2 La limitación del art. L122-5.3º e) del <i>Code de la Propriété Intellectuelle</i> _____	397
A. Antecedentes _____	397
B. Obras afectadas _____	401
<i>b1 Restricciones cualitativas</i> _____	401
<i>b2 Restricciones cuantitativas</i> _____	402
B. Derechos afectados _____	403
C. Beneficiarios y destinatarios de la utilización _____	403
D. La finalidad de la utilización _____	404
E. Técnica de restricción _____	404
F. Entrada en vigor _____	405
3.3 Un ejemplo en el campo de la autorregulación: Los acuerdos sectoriales para la utilización de las obras protegidas en la enseñanza y la investigación _____	405
A. Introducción _____	405
B. Finalidad y utilizaciones amparadas por los acuerdos _____	409
C. Obras amparadas por los acuerdos _____	411
<i>c1 Generalidades</i> _____	411
<i>c2 Restricciones cualitativas</i> _____	412
<i>c3 Restricciones cuantitativas</i> _____	412
D. Beneficiarios de los acuerdos _____	414

E. Control de acceso _____	414
F. Remuneración, gestión y seguimiento de las utilizaciones _____	415
G. Acciones de información y sensibilización _____	416
H. Responsabilidad _____	417
I. El comité de seguimiento de los acuerdos _____	417
4 Estados Unidos: una excepción gratuita para la enseñanza en línea _____	417
4.1 Introducción. _____	417
4.2 Análisis de la sección 110(2) de la <i>Copyright Act</i> _____	420
A. Obras amparadas por la excepción _____	422
<i>a1 Restricciones cualitativas</i> _____	422
<i>a2 Restricciones cuantitativas</i> _____	424
B. Beneficiarios de la excepción _____	425
C. Los destinatarios de la transmisión _____	426
D. Derechos afectados _____	427
F. La actividad de enseñanza _____	429
G. Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas de protección _____	432
<i>g1 La adopción de medidas tecnológicas de protección</i> _____	432
<i>g2 El respeto a las medidas tecnológicas de protección adoptadas por los titulares de derechos</i> _____	435
H. Deberes de información _____	437
5. Consideraciones finales: La aplicación del art. 32.2 LPI a la enseñanza en línea. _____	437
<b>IV. OTRAS LIMITACIONES DOCENTES EN LA LPI _____</b>	<b>445</b>
1 Introducción _____	445
2 El derecho de cita _____	445
2.1 Los fines docentes y de investigación como parámetro de licitud del derecho de cita _____	446
2.2 Obra citada y “obra citante” _____	452
A. La obra citada _____	452
<i>a1 Restricciones cuantitativas: La reproducción parcial de las obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual</i> _____	452
<i>a2 La cita de obras plásticas</i> _____	456
<i>a3 La naturaleza de las obras citadas</i> _____	456
B. La “obra citante” _____	459
<i>b1 Características de la “obra citante”</i> _____	459
<i>b2 La cantidad de citas contemplada en una obra.</i> _____	461
2.3 Las modalidades de la cita _____	462
2.4 La cláusula general (“en la medida justificada por la incorporación”) _____	466
A. Significado _____	466
B. Criterios orientativos para la aplicación de la cláusula general _____	467
<i>b1 Extensión de la obra citada</i> _____	467
<i>b2 La relación entre la “obra citante” y la citada. Criterios cualitativos</i> _____	468
C. La referencia a los usos honrados _____	470
2.5 El respeto a los derechos morales del autor _____	471
2.6 La elaboración de antologías o compilaciones docentes: ¿al amparo del art. 32.1 LPI? _____	471
2.7 Consideraciones finales _____	476
3 Las limitaciones con fines de enseñanza a los derechos de autor sobre las bases de datos _____	478
3.1 La regulación del derecho de propiedad intelectual sobre las bases de datos y sus limitaciones. En especial, la excepción con fines de ilustración en la enseñanza _____	478

A. Generalidades. Un régimen de excepciones específico para las bases de datos	478
B. La excepción con fines de ilustración en la enseñanza	484
<i>b1 Obras afectadas</i>	484
<i>b2 Derechos afectados</i>	485
<i>b3 Beneficiarios</i>	487
<i>b4 La cláusula general: “en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga”</i>	489
<i>b5 El destino de la utilización: bases de datos y antologías con fines de ilustración en la enseñanza</i>	489
F. El respeto a los derechos morales	490
G. Conclusiones	490
4 Las limitaciones con fines de ilustración en la enseñanza al derecho <i>sui generis</i> sobre las bases de datos	491
4.1 Introducción. El derecho <i>sui generis</i> sobre las bases de datos. Límites a las facultades de explotación y limitaciones	491
A. Generalidades	491
B. Límites a las facultades de explotación	492
C. Las excepciones al derecho <i>sui generis</i> .	493
4.2 La excepción con fines de enseñanza	498
A. Obras afectadas	498
B. Derechos afectados. Sólo extracción	498
C. Beneficiarios	499
D. La divulgación de la base de datos y la mención de la fuente	499
4.3 Conclusiones respecto al derecho <i>sui generis</i>	500
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>501</b>
<b>CONCLUSIONS</b>	<b>511</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA</b>	<b>519</b>
<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>546</b>
<b>ESPAÑA</b>	546
<b>COMUNIDAD EUROPEA</b>	547
<b>TRATADOS INTERNACIONALES</b>	548
<b>OTROS PAÍSES</b>	549
<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>553</b>
<b>ESPAÑOLA</b>	553
<b>COMUNITARIA</b>	553
<b>OTROS PAISES</b>	554
<b>OTRAS FUENTES</b>	<b>555</b>
<b>ESPAÑA</b>	555
- Textos prelegislativos: LPI 1987	555
- Documentos y textos prelegislativos: Ley 23/2006	555
<b>COMUNIDAD EUROPEA</b>	560
DDASI: Textos prelegislativos y documentos del Consejo	560
DBD: Textos prelegislativos	562
Otros textos y documentos	563

<b>ÁMBITO INTERNACIONAL</b>	564
<b>OTROS PAÍSES</b>	568

---

## ABREVIATURAS

<b>ADPICs</b>	Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
<b>AGEDI</b>	Asociación de Gestión de los Derechos Intelectuales
<b>ARI</b>	Asociación de Revistas de Información
<b>CB</b>	Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
<b>CEDRO</b>	Centro Español de Derechos Reprográficos
<b>DBD</b>	Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos
<b>DDASI</b>	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
<b>DO</b>	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<b>EBLIDA</b>	European Bureau of Library, Information and Documentation Associations
<b>FACUA</b>	Federación de Consumidores en Acción
<b>FAPAE</b>	Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles
<b>FESABID</b>	Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística
<b>FGE</b>	Federación de Gremios de Editores de España
<b>PCDA</b>	Provisional Committee on Proposals Related to a WIPO Development Agenda - Comité Provisional sobre Propuestas relativas a un Programa de la OMPI para el Desarrollo
<b>PCDDASI</b>	Posición Común (CE) 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad

de la información

- PIDDASI** Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM(97) 628 final, 10 de diciembre de 1997
- PMDDASI** Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM/99/0250 final
- RIDA** Revue Internationale du Droit d'Auteur
- SGAE** Sociedad General de Autores y Editores
- TODA** Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996
- TOIEF** Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996
- VEGAP** Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos



## Introducción

Cuando elegimos el tema de la tesis estábamos llenos de ilusión ante la perspectiva de una futura reforma de la Ley de Propiedad Intelectual respecto a la utilización de obras protegidas en la enseñanza en línea. Director y doctorando participaban de manera activa en el diseño de cursos de enseñanza en línea y, como usuarios, se enfrentaban a diario con los problemas que planteaba la utilización de las obras protegidas por la propiedad intelectual en sus respectivos cursos. Entonces ya se había aprobado la *Directiva 2001/29/CE, 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 (DDASI)*, que ofrecía la posibilidad de implementar una limitación a los derechos de autor con fines de enseñanza<sup>1</sup>. La DDASI admitía además, de manera explícita, la posibilidad de que tal limitación se aplicara a la enseñanza en línea<sup>2</sup>. Incluso con anterioridad a la norma comunitaria, Australia había adecuado sus limitaciones educativas a los usos *on line*<sup>3</sup>. Estados Unidos aprobaba en 2002 la *TEACH Act*<sup>4</sup>, que introducía en la *Copyright Act* una excepción específica amparando la utilización gratuita de las obras protegidas en los cursos de enseñanza a distancia<sup>5</sup>. En los borradores de implementación de la DDASI, también algunos Estados europeos parecían dispuestos a adaptar sus limitaciones a la enseñanza impartida a través de redes telemáticas.

---

<sup>1</sup> Art. 5.3 a) 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, de 22 de mayo de 2001 (DO L 167, de 22/06/2001, pp. 10-19). De ahora en adelante DDASI.

<sup>2</sup> Considerando 42 DDASI: “Al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales *incluida la educación a distancia*, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto.” La cursiva es nuestra.

<sup>3</sup> En efecto, la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000 (No. 110, 2000)* actualiza las disposiciones de la *Copyright Act 1968* relativas a las licencias educativas no voluntarias (Part VB), que pasan a incluir en su ámbito de aplicación la digitalización y comunicación pública de obras protegidas con fines educativos.

<sup>4</sup> *Technology, Education, and Copyright Harmonization Act, 2002*.

<sup>5</sup> Sección 110(2) *Copyright Act, 1976*.

Pensábamos que algo similar sucedería en el Parlamento español. Aventurábamos la posibilidad de que se mantuviera para usos inocuos la cita con fines docentes y que, como parecía concluirse del primer Borrador de reforma de la LPI<sup>6</sup>, se instaurara una licencia no voluntaria con fines educativos referida a las utilidades en línea. Nada de esto ha ocurrido. A medida que se iban publicando nuevos borradores se desvanecían nuestras esperanzas. Ello justificaba un cambio de orientación de la tesis que no estaría ya centrada en los usos en línea (como habíamos acordado en un principio), sino, en general, en las limitaciones docentes, dado el escaso juego que nos daba el legislador. Como comprobaremos en el Capítulo 3 —principalmente en los apartados II y III—, la nueva excepción prevista en el art. 32.2 de la LPI, bajo la rúbrica de ilustración de la enseñanza, puede, aunque ha sido muy discutido, aplicarse a la enseñanza a distancia, pero los usos amparados por el precepto son tan limitados que su utilidad práctica —incluso en el entorno presencial— es más que cuestionable.

La tesis se estructura en tres Capítulos. El Capítulo inicial es de naturaleza introductoria pero fundamental para comprender y justificar la existencia de los restantes. En su apartado I se definen los diferentes límites y limitaciones a la propiedad intelectual, avanzando una tipología de las limitaciones educativas. El apartado II describe algunas de las características generales de las limitaciones, incidiendo en su concepto, en las diferentes técnicas de restricción (usos gratuitos, licencias no voluntarias y gestión colectiva no voluntaria) y en la fisonomía de las limitaciones docentes en los dos grandes sistemas de la regulación de la propiedad intelectual: *Droit d'Auteur* y *Copyright*. El Capítulo se cierra con un apartado final que incide en la justificación de las limitaciones docentes. Este apartado III parte de una aproximación filosófico-política a la institución de la propiedad intelectual que desvela su íntima vinculación con la educación y, por ende, con las limitaciones educativas en general y las de carácter docente en particular. A continuación, se realiza una aproximación al análisis económico del Derecho, en tanto éste nos resultará de utilidad para

---

<sup>6</sup> Artículo Octavo del Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

comprender la idoneidad de los diferentes modelos de regulación presentes en el Derecho positivo. Finalmente se relacionan los intereses que juegan en la regulación de la propiedad intelectual ilustrando, desde una perspectiva empírica, la figura del legislador como árbitro del equilibrio entre los mismos. Clausuramos el apartado III con una breve referencia a la relación entre los derechos y libertades fundamentales —en particular, el derecho a la educación y a la cultura— y las limitaciones docentes.

El Capítulo 2 se centra en la regulación de las limitaciones con fines de enseñanza en el Derecho de autor internacional —en el *Convenio de Berna*— y en el Derecho comunitario —a través del estudio de la DDASI y de la *Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos* (de ahora en adelante DBD)<sup>7</sup>—. Tales textos disponen el marco para la introducción de las limitaciones educativas en el ordenamiento interno, incorporando de manera explícita en su articulado disposiciones específicamente orientadas a las limitaciones con fines de enseñanza. Así, en Berna, el art. 10.2, que contempla una limitación relativa a las utilidades con fines de enseñanza, y el Anexo al Convenio, que prevé un régimen de licencias obligatorias para la utilización de obras con fines de enseñanza en los países en vías de desarrollo. En cuanto al Derecho comunitario, el art. 5.3 a) de la DDASI se refiere a la facultad de los Estados miembros de contemplar en sus ordenamientos internos “excepciones o limitaciones” que tengan por objeto la ilustración con fines educativos. Una facultad similar es otorgada por la DBD (arts. 6.2 b) y 9 b)).

El Capítulo 3 se acerca al Derecho español. Tras un apartado introductorio en el que se hace referencia a la reforma implementada en la LPI por la Ley 23/2006 y se describen las características generales del sistema de “límites” previsto en nuestro ordenamiento, se analiza el ámbito de aplicación de las tres excepciones contempladas en la LPI con fines docentes. Así, en el apartado II procedemos al estudio del art. 32.2, la nueva limitación de “ilustración de la enseñanza” que ha irrumpido recientemente en el ordenamiento español. El citado estudio lo

---

<sup>7</sup> Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, (DO L 77, de 27/03/1996, pp. 20-28).

complementamos con un apartado específico dedicado a las limitaciones docentes y la enseñanza en línea (apartado III). En este caso, el protagonismo, sin perjuicio de las reflexiones respecto al Derecho español efectuadas al final del apartado, lo tendrán tres sistemas previstos en el Derecho comparado —el belga, el francés y el estadounidense—, donde, como avanzábamos al principio de esta introducción, se ha procedido a la actualización o incluso creación de limitaciones docentes para que puedan resultar aplicables a las actividades de enseñanza llevadas a cabo a través de redes telemáticas. El Capítulo 3 se cierra con el apartado IV, que aborda el estudio de las restantes limitaciones que en nuestro ordenamiento se vinculan a la docencia: el denominado derecho de cita que, según lo dispuesto en el art. 32.1 LPI, debe ejercerse con fines docentes (o de investigación) y las excepciones previstas para los derechos sobre las bases de datos con fines de ilustración de la enseñanza (arts. 34.2 b) y 135.1 b) LPI).

Antes de proceder al análisis propuesto, hemos de realizar una advertencia sobre algunas cuestiones que no le pasarán desapercibidas al lector. En el cuerpo del trabajo hemos optado, para facilitar la lectura, por traducir los textos tomados de disposiciones legales, doctrina o, en general, documentación extranjera. No obstante, en las notas al pie se transcriben las versiones originales de los documentos consultados o, en el caso de la normativa de algunos países, las versiones francesa o inglesa de las que nos hemos servido. Respecto a este último punto cabe señalar, además, que no todas las versiones no originales de las normas que hemos utilizado son oficiales, tal y como se destaca en el apartado correspondiente de la bibliografía. También ha de tenerse en cuenta que esta tesis se centra en las limitaciones al derecho de propiedad intelectual y no en las limitaciones a “los otros derechos de propiedad intelectual” o derechos afines aunque, dada la aplicación subsidiaria del Libro I de la ley dispuesta para tales derechos por el art. 132 LPI, las afirmaciones sobre las limitaciones docentes relativas al Derecho español podrán entenderse aplicables también a “los otros derechos de propiedad intelectual”. Sin embargo ha de apuntarse que, a veces, en el Derecho comparado se prevé una regulación específica para las

limitaciones docentes a los derechos afines. Sí hemos considerado conveniente, en todo caso, introducir en el Capítulo 2 y en el 3 un apartado relativo al derecho *sui generis* sobre las bases de datos, al contemplarse tanto en la normativa interna como en el Derecho comunitario una limitación específica con fines de ilustración en la enseñanza.



## Introduction

When we chose the topic for this doctorate thesis, we were very hopeful about a future reform in the Spanish Copyright Law related to the use of copyrighted works in e-learning. Both the Supervisor and the PhD Student participated in the design of e-learning courses and, as users, we daily faced the problems posed by the use of copyrighted works in our own courses. At that time, *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society* (hereinafter DDASI), had been already adopted. It provided for a limitation on copyright for teaching purposes<sup>8</sup>. DDASI explicitly allowed the possibility of applying such limitation to e-learning activities<sup>9</sup>. Even prior to it, Australia had updated its teaching limitations on copyright to on line uses<sup>10</sup>. The United States passed in 2002 the *Technology, Education, and Copyright Harmonisation Act*, introducing in the *Copyright Act* a specific exception devoted to e-learning activities<sup>11</sup>. And in Europe, some of the national drafts implementing DDASI also included some provisions updating teaching limitations to distance education.

We thought something similar would happen in the Spanish Parliament. We expected that the quotation exception for teaching purposes would be kept in the forthcoming text and, as suggested in the first draft for implementing the DDASI in the Spanish Law, a non voluntary licence would be introduced in relation to on line uses. But it did not happen. As the new drafts were being published all our hopes were vanishing. This justified a new approach for the thesis that changed its focus from “e-teaching limitations” to teaching limitations as a whole. As we will see in Chapter 3—in particular in sections II and III—, the new exception provided in art. 32.2 *Spanish Copyright Law*

---

<sup>8</sup> Art. 5.3 a) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Official Journal of the European Communities L 167, 22/6/2001, pp. 10–19).

<sup>9</sup> Recital 42 DDASI.

<sup>10</sup> Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000 (No. 110, 2000).

<sup>11</sup> Technology, Education, and Copyright Harmonization Act, 2002.

(under the title “illustration of teaching”), may, even if debatable, be applied to e-learning activities, but uses covered by the limitation—even as regards face to face activities—are so restrictive that their utility in practice is far from giving any solution.

This work is structured into three Chapters. Chapter 1 is an introductory one; it is essential to understand and justify the following ones. Its section I describes the different limits and limitations on copyright and introduces a typology of educational limitations. Section II defines the characteristics of limitations, the different restriction “techniques” (exceptions, non voluntary licences and non voluntary collective management) and the shape of teaching limitations as outlined in the two systems of Copyright Law: *Droit d’Auteur and Copyright*. The Chapter ends with a final section referred to the justification of teaching limitations. This section starts with a philosophical and political approach to the copyright regulation, which reveals its closed link to education, and, therefore, to teaching limitations. It follows with an introduction to the Economic Analysis of Copyright, since it may be useful to understand the suitability of different patterns of regulation in the positive law. Finally, the different interests at stake are described, illustrating, from an empiric perspective, the role of the legislator as arbitrator to preserve the balance. This last section ends with a reference to the relationship between fundamental rights and freedoms—in particular the right to education and the right to culture—and teaching limitations.

Chapter 2 is focused on the regulation of teaching limitations in international Copyright Law—Berne Convention—and European law—DDASI and Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (DBD)—. These texts establish the framework for implementing the teaching limitations in national law and they even incorporate some provisions specifically devoted to limitations for teaching purposes. Thus, art. 10.2 of the Berne Convention, allowing the Contracting Parties to introduce limitations for teaching purposes, or its Appendix, providing for the possibility to implement non voluntary licences for teaching uses in developing countries. As regards the European Law, art. 5.3 a) DDASI



states that Member states may provide for “exceptions and limitations” for the sole purpose of illustration for teaching. A similar possibility is given by DBD.

Chapter 3 deals with the *Spanish Copyright Law* (hereinafter LPI) from a comparative perspective. After an introductory section concerning the reform implemented by Law 23/2006 and the main characteristics of the Spanish system of “limits” on copyright, the three Spanish teaching limitations are examined. Thus, section II analyses art. 32.2 LPI, the new limitation of “illustration of teaching”, recently incorporated in the LPI. Its study is complemented by a specific section devoted to teaching limitations and e-learning. It describes the solutions adopted in Belgium, France and the United States, where teaching limitations have been updated or even created in order to be applied to the digital environment. At the end of this section an assessment on art. 32.2 LPI and on line uses is made. Chapter 3 ends with section IV, about the remaining teaching limitations in LPI: the quotation right that according to art. 32.1 LPI is limited to teaching purposes and the exceptions related to the rights on databases provided for illustration for teaching (arts. 34.2 b) and 135.1 b) LPI).

Before proceeding, some remarks must be given. In the main text, we have opted for translating those texts taken from foreign regulations, literature or other sources. Whereas footnotes include original versions or, in the case of foreign regulations, the French or English versions of the sources used. In relation to this last point, it is worth to mention that we have not always worked with official translations, as specified in the bibliography. On the other hand, it is also important to take into account that this work is focused on copyright and not on “related rights”. This point may not be very relevant for Spanish Law, because art. 132 LPI states the subsidiary application of the provisions on copyright to “related rights”. But other countries provide for specific provisions to these rights. No reference is done to these provisions. In any case, we have considered appropriate to include both in Chapter 2

and 3 a subsection related to the *sui generis* right, since DBD as well as LPI include specific limitations for teaching purposes to this right.

# Capítulo 1

## Limitaciones con fines de enseñanza: Aspectos generales

### I. LOS LÍMITES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

#### 1 Límites a la propiedad intelectual

##### 1.1 Introducción

La existencia de restricciones de diverso tipo a los derechos de autor es una de las notas características de la regulación de la propiedad intelectual. De tales restricciones se ha dicho que plantean la cuestión fundamental de qué es la propiedad intelectual<sup>12</sup>, que definen sus contornos<sup>13</sup>, que, en definitiva, forman parte integral de su regulación. El juego entre los derechos protegidos y los límites a la protección revela la justificación y esencia de la institución. A través de los límites a la propiedad intelectual se pone de manifiesto la tensión habida en la protección de un interés público —la creación, producción, difusión y disfrute de las obras del ingenio—<sup>14</sup>, en el que convergen diferentes intereses subjetivos —generalmente representados en la tríada autores-explotadores-público— y otros intereses generales dignos de protección<sup>15</sup>. La búsqueda del equilibrio está presente en los dos grandes modelos de regulación de la propiedad intelectual: *Copyright vs. Droit d'Auteur*<sup>16</sup>. La principal diferencia entre ellos radica en el punto

---

<sup>12</sup> V. NABHAN, «Welcome», (1999), p. xvii.

<sup>13</sup> P. SIRINELLI, « Rapport de synthèse » (1999), p. 133.

<sup>14</sup> *Vid.* sobre la relación interés público y la imposición de límites a la propiedad intelectual, entre otros: J. FORNS, «Derecho de la propiedad intelectual...», (1951), en especial pp. 1006 y ss.; F. BONDÍA, en «Título III. Duración y Límites. Capítulo Primero. Duración», (1997), p. 149, y «Título III. Duración y Límites. Capítulo Segundo. Límites (1997), p. 164; C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Artículo 31», (1997), p. 594.

<sup>15</sup> *Vid.* infra apartado III.4.

<sup>16</sup> *Vid.* infra apartado II.3.

en el que se alcanza el equilibrio, que dependerá del protagonismo otorgado a unos intereses u otros, del centro de gravedad del sistema<sup>17</sup>.

## 1. 2 Tipología de límites a la propiedad intelectual

A las restricciones anunciadas, a los límites a la propiedad intelectual, podemos aproximarnos desde diferentes perspectivas que apuntan a una clasificación o tipología de los mismos. Podemos distinguir, en primer lugar, entre *límites internos* —contemplados en las normas reguladoras de la propiedad intelectual— y *límites externos* —derivados de la aplicación de otras normas—<sup>18</sup>. Dentro de los primeros, los más importantes, presentes en todos los regímenes jurídicos, son los relativos al objeto y al plazo de protección (que aquí denominamos *límites ontológicos*, *vid. infra* apartado B). Además, con algunas divergencias, las diferentes legislaciones, a través de las denominadas *limitaciones*, sustraen o aminoran las facultades de explotación de los autores para favorecer el acceso, la explotación o el uso de las obras protegidas, siempre, eso sí, que se cumplan las condiciones exigidas en cada caso (*infra* apartado C). En una categoría intermedia entre los límites ontológicos y las limitaciones se incluyen las restricciones incorporadas en la propia definición de las *facultades específicas de explotación* (*infra* apartado D)<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> P. SIRINELLI, « Rapport de synthèse », (1999), p. 134. La denominación con la que se califica a uno y otro sistemas, *Droit d'Auteur* y *Copy-right*, ilustra perfectamente la diferencia entre ambos. Para un estudio detallado de cómo se articula el conflicto de intereses en ambos sistemas *vide* A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, (1993).

<sup>18</sup> Entre otros: L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), pp. 15-16; A. STERLING, *World Copyright Law*, (2003), p. 434.

<sup>19</sup> Esta distinción entre límites externos e internos, puramente descriptiva, presenta importantes diferencias de matiz con la contraposición límites extrínsecos/intrínsecos más común en nuestra doctrina. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA define los límites intrínsecos como «aquellos que emanan del mismo derecho limitado, es decir de su propio sentido y vocación social. Entre estos límites cabe a su vez hacer una subdivisión entre los derivados de la propia naturaleza del derecho —límites naturales— y los derivados de la buena fe y el abuso de derecho. Los límites extrínsecos provienen de la colisión de derechos de titulares diferentes. En este caso, puede ser que un derecho prevalezca frente al otro por ser de mayor rango, ya sea debido a su antigüedad o a su naturaleza [...]; mientras cuando el rango coincide, puede darse preferencia al titular que muestre mayor diligencia en el ejercicio de la acción o bien sacrificar proporcionalmente todos los derechos». En *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 236. No obstante, como el propio autor reconocía

## A. Límites externos

Las facultades de los autores pueden venir limitadas por la aplicación de otras normas del ordenamiento, a saber: los derechos y libertades fundamentales —en especial la libertad de expresión, el derecho a la información o la intimidad—<sup>20</sup> y el Derecho de la Competencia<sup>21</sup>. La regulación de los medios de comunicación<sup>22</sup> y el Derecho del Consumo<sup>23</sup> también constituyen un instrumento susceptible de proteger los intereses de algunos colectivos, y del público en general, cuando se ven minados por el alcance o ejercicio efectivo de los derechos exclusivos.

Por otro lado, el abuso de derecho<sup>24</sup>, la teoría del *usus inoivii*<sup>25</sup> o, en general, consideraciones de interés público<sup>26</sup> han sido invocados por la doctrina como herramientas útiles para paliar los efectos perjudiciales o

---

en su tesis doctoral, esta taxonomía resulta harto «artificial y estéril» cuando se intenta relacionar con los límites concretos a la propiedad intelectual. En efecto, depende mucho de la perspectiva que se adopte el definir cuándo un límite responde o no a la justificación que contribuye al reconocimiento del derecho. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada en el entorno digital*, (tesis inédita), (2003), p. 68.

<sup>20</sup> Sobre la relación entre propiedad intelectual y derechos fundamentales, *vid. infra* apartado III.5 y bibliografía allí citada.

<sup>21</sup> Véase, respecto a la protección otorgada a las bases de datos y el derecho de la competencia, los asuntos *Macgill* (sTJCE de 6 abril 1995) y *IMS Health v. NDC Health*, (sTJCE Luxemburgo (Sala Quinta) de 29 abril 2004). Cabe destacar que en el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPICs) ya se pone de manifiesto, de manera explícita (art. 40), la relación entre derecho de la competencia y protección de la propiedad intelectual.

<sup>22</sup> T. DREIER, «Balancing Proprietary and Public Domain...», (2001), pp. 310 y ss.

<sup>23</sup> T. DREIER «Balancing Proprietary and Public Domain...», p. 310; L. GUIBAULT, «Limitations found outside...», (1999), p. 50.

<sup>24</sup> J. L. LACRUZ, «Artículo 2», (1997), p. 38; L. GUIBAULT, «Limitations found outside...», (1999), p. 48-51; y de la misma autora, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), pp. 277 y ss.

<sup>25</sup> C. ROGEL, «De los límites a las infracciones...», (2003), pp. 176-179. Para A. DELGADO, el uso social y el criterio jurisprudencial de la mínima gravedad de la acción vendrían a justificar en nuestro Derecho la realización de copias manuscritas y mecanografiadas efectuadas en privado y con un ánimo de circulación restringido antes de que la copia privada fuera reconocida por la LPI de 1987. Cfr. A. DELGADO, «La copia privada...», (1990), p. 5.

<sup>26</sup> L. GUIBAULT, «Limitations found outside...», (1999), pp. 44 y ss.

los excesos que pudieran derivarse del ejercicio de los derechos de autor<sup>27</sup>.

## B. Límites ontológicos

La propiedad intelectual se distingue por la presencia de unos límites omnipresentes —el objeto y la temporalidad— que definen, en palabras de SIRINELLI, aquello que por naturaleza queda incluido en el ámbito de protección<sup>28</sup>. En esta línea se les ha calificado como *límites naturales* de los derechos de autor<sup>29</sup> o *límites inherentes*<sup>30</sup> a la propiedad intelectual, lo cual ha sido objeto de críticas<sup>31</sup>. En efecto, también las limitaciones son inherentes o naturales a la regulación de la propiedad intelectual<sup>32</sup>, en tanto, como nos recuerda PÉREZ DE ONTIVEROS refiriéndose al Capítulo de Límites de nuestra LPI, tienen su origen en el sentido y vocación social del derecho<sup>33</sup>. La diferencia entre los límites ontológicos a la

---

<sup>27</sup> En general, sobre los límites externos a la propiedad intelectual véase, B. HUGENHOLTZ, «Fierce creatures...», (1997); L. GUIBAULT, «Limitations found outside...», (1999), pp. 42-54; T. DREIER, «Balancing Proprietary and Public Domain...», (2001), pp. 309 y ss.; L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002); C. GEIGER, *Droit d'auteur et Droit du Public...* (2004). En las obras citadas, T. DREIER y GEIGER cuestionan la idoneidad de recurrir a cuerpos jurídicos externos para acomodar los intereses afectados por la propiedad intelectual.

<sup>28</sup> P. SIRINELLI, en *Exceptions et limites...*, (1999), p. 2. El autor denomina a este tipo de límites “fronteras” en tanto persiguen fijar los límites entre la “zona reservada” y la de “libre disposición”, *íd.* Cabe decir que parece referirse sólo a los límites relativos a la definición de la obra protegida y no a la temporalidad. El concepto de fronteras lo contrapone a lo que él denomina “límites internos” (excepciones y limitaciones), que «se refieren a los actos relativos a los elementos que quedan protegidos», *íd.*

<sup>29</sup> A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire...*, (2001), p. 297; I. GARROTE, *El Derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 385, nota 1.

<sup>30</sup> Por todos, L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), pp. 15-16.

<sup>31</sup> Así, C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 195. El autor, partiendo de que los objetivos del Derecho de propiedad intelectual son la protección de los autores y la difusión de las ideas y del saber, considera que tanto los denominados “límites naturales” como las limitaciones tienen su razón de ser en la protección de la libertad de expresión y el derecho a la información. Participando ambos de una misma naturaleza y justificación, no hay, a su juicio, razón alguna que justifique un tratamiento diferenciado.

<sup>32</sup> *Vid.* infra apartado C y ya más en profundidad, respecto a la justificación de las limitaciones, el apartado III del presente Capítulo.

<sup>33</sup> Los citados “límites” representan, a juicio de la autora, los límites intrínsecos al derecho. «La propia configuración o construcción de cada uno de los derechos subjetivos, con arreglo a su sentido teleológico y a la función económico-social a la que se encamina sirve para

propiedad intelectual y las limitaciones radica no en su carácter inherente, natural o necesario, que ambos comparten, sino en la dependencia de estas últimas del “estado del arte”, en otras palabras, en su carácter funcional. Mientras los límites ontológicos están siempre presentes, las limitaciones sólo aflorarán y se positivizarán en la regulación de la propiedad intelectual cuando mediante el juego entre otros límites y los derechos concedidos a los autores no sea posible cumplir con el fin último adscrito a la institución<sup>34</sup>. Entonces, se actualiza la potencia de las limitaciones<sup>35</sup>.

---

establecer sus fronteras»; en «Artículo 31», (1997), p. 594. *Vid.* también, de la misma autora, «Artículo 36», p. 646. Un razonamiento similar es esgrimido por C. ROGEL que considera como límites naturales a los derechos de autor, «muchos —acaso todos—» de los contemplados en la ley; «La inclusión de obras plásticas...», (2003), pp. 298-299. Los artículos 31 a 40 bis TRLPI se derivan de la naturaleza misma del derecho, «de la manera en que es configurado por el Ordenamiento, de acuerdo con la función económica y social perseguida con él». «En todo caso y por expreso mandato de la ley, los límites naturales son ingredientes del derecho mismo, que se define por sus confines, no siendo, por ello y en un principio al menos, excepcionales, razón por la cual no conllevan indemnización ni implican expropiación aun cuando a la postre, restrinjan las facultades correspondientes»; en *Derecho de autor*, (2002), pp. 50 y 60. Cabe señalar que para el autor las limitaciones sujetas a remuneración se constituyen como restricciones a los límites por lo que «nos salimos de los límites estrictos, que no conllevan indemnización, y nos pasamos a los llamados derechos de remuneración resultantes de licencias no voluntarias, de licencias obligatorias o legales, que son, ya, derechos patrimoniales de los autores. Los terceros, en tales casos, ya no se sirven libremente de una cosa ajena, sino que lo hacen a cambio de un precio, de una remuneración compensatoria, que es cosa distinta...»; *úl. op. cit.*, p. 61

<sup>34</sup> De hecho, cabe recordar que determinadas utilizaciones hoy contempladas como limitaciones a los derechos de autor podrían considerarse permitidas aún cuando la ley no se pronunciara al respecto. Sólo se estima necesario positivizar la limitación en los casos en los que el abuso en estas utilizaciones comúnmente admitidas puede perjudicar los intereses del autor; caso paradigmático es el de la copia privada.

En sus informes para la implementación de la DDASI en Holanda, el *Copyright Committee* se pronuncia en un sentido similar: «In the Committee’s opinion, the fact that some exemptions are not explicitly included in the legislation must not give rise to any *a contrario* arguments. The legislature ought to explicitly emphasize this, e.g. in the explanatory memorandum. Exemptions are usually expressions of an underlying principle and related to the protection of the public interest. In some cases, the Committee takes the opportunity to codify the existing legal practice, but it may not be deduced from the fact that this does not occur with respect to other cases referred to by the Directive that such an underlying principle or general interest is not at issue. The Committee attaches much value to the possibility of maintaining the freedom of interpretation on the part of the court to decide

### C. Las limitaciones a la propiedad intelectual

Con el término limitaciones nos referimos a los supuestos en los que la normativa de la propiedad intelectual limita las facultades otorgadas a los autores favoreciendo el acceso o una utilización concreta de las obras protegidas. Para GUIBAULT<sup>36</sup>, a través de las limitaciones, el ordenamiento viene a reconocer un derecho objetivo del beneficiario a utilizar la obra en los términos y bajo los requisitos previstos en la ley<sup>37</sup>. Dedicaremos el apartado II de este Capítulo al concepto y fisonomía de las limitaciones y el apartado III a su justificación.

D. Una categoría fronteriza: La definición de una manifestación concreta del derecho de explotación. Público y privado y algunas utilidades llevadas a cabo en los centros educativos

Incluso en los sistemas de *Droit d'Auteur*, los derechos de propiedad intelectual quedan limitados al definirse las características, o, si se quiere, el contenido de las facultades de explotación<sup>38</sup>. De hecho, lo que en algunos países se configura en el Derecho positivo como una limitación —pensemos por ejemplo en la relativa a las reproducciones

---

[...]». Cfr. Copyright Committee, Advice on the implementation of the EC Directive copyright and related rights in the information society, julio 2001.

<sup>35</sup> Véase al respecto los apartados III.2.3 y 3.3 de este mismo Capítulo.

<sup>36</sup> L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 102.

<sup>37</sup> La denominación limitaciones, interpretada en un sentido amplio, podría, no obstante, abarcar aquellos supuestos en los que el legislador restringe los atributos de estas facultades, p. ej. la transmisibilidad, para salvaguardar única y exclusivamente los intereses del autor. En este sentido, puede afirmarse que las disposiciones que conforman el Derecho contractual de autor son otro ejemplo de limitaciones. A. DELGADO distingue entre dos tipos de limitaciones a los derechos de explotación: las *impropias*, que, en palabras del autor ciñen sus efectos al campo de las relaciones entre autores y empresarios utilizadores, entre las que destaca las presunciones de cesión, y las limitaciones *propias* que «operan creando excepciones al contenido del derecho mismo, y tanto respecto del autor como de sus derechohabientes» y que el autor identifica con el Capítulo de Límites de nuestra LPI. En *Panorámica de la Protección...*, (1988), pp. 39 y ss. En este trabajo cuando utilicemos el término limitaciones, y salvo que indiquemos lo contrario, nos referiremos sólo a aquellas que se prevén en beneficio de terceros no titulares de derechos —sin perjuicio de que en algunos casos las limitaciones beneficien a titulares de derechos y explotadores de las obras—.

<sup>38</sup> Para B. HUGENHOLTZ la definición de los derechos protegidos por la propiedad intelectual es, quizás, el instrumento de equilibrio más importante. En «Fierce creatures...», (1997), p. 5.



provisionales, art. 31.1 de nuestra LPI—, en otros se contempla en la definición misma del derecho —en el caso anterior al describir el derecho de reproducción, así en la ley holandesa<sup>39</sup>—. Sin perjuicio del ejemplo citado, los casos más claros de imposición de límites por la vía de la introducción de restricciones en la definición misma del derecho son el derecho de comunicación pública<sup>40</sup> o el de derecho de distribución, delimitado por la teoría del agotamiento<sup>41</sup>. A título de ejemplo, en algunos países la definición del derecho de comunicación pública<sup>42</sup> excluye las utilidades llevadas a cabo en el marco de la enseñanza. Así, el artículo 12.5 de ley holandesa no considera comunicación pública la lectura, ejecución o presentación de una obra protegida cuando se realiza exclusivamente con fines educativos<sup>43</sup>. En sentido similar —refiriéndose a la comunicación y ejecución pública de las obras, inclusive los fonogramas— se pronuncia el art. 47 de la ley chilena<sup>44</sup>. En Alemania la doctrina califica la representación de una obra realizada en una clase presencial como privada<sup>45</sup>, por lo que queda al margen de las prerrogativas de los autores. En términos más generales el ordenamiento suizo al autorizar las utilidades privadas considera entre ellas todas aquellas realizadas por un profesor y sus alumnos con

---

<sup>39</sup> Que en su art. 13a) de la sección 5 dedicada al derecho de reproducción dispone: «The reproduction of a literary, scientific or artistic work will not include temporary reproduction of a passing or incidental nature and forming an essential part of a technical procedure whose sole purpose is to enable a) the passing on by an intermediary through a network between third parties, or b) a lawful use and if it contains no independent economic value.» *Copyright Act 1912*. Vid. al respecto IViR, *The Recasting of Copyright...*, (2006), pp. 68 y ss.

<sup>40</sup> Véase al respecto C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Aproximación al significado...», (2002), pp. 29-32.

<sup>41</sup> En sentido similar: J. H. SPOOR, «General aspects of exceptions...», (1999), p. 28.

<sup>42</sup> Recordemos que el concepto de público no está armonizado a nivel europeo; cfr. IViR, *The Recasting of Copyright...*, (2006), pp. 57-59, donde se considera que, pese a las divergencias existentes entre los diferentes países miembros de la Unión Europea, no hay urgencia para codificar y armonizar tal noción.

<sup>43</sup> Art. 12.5 de la *Copyright Act 1912*.

<sup>44</sup> Art. 47 *Ley sobre propiedad intelectual*, núm. 17.336, de 1970.

<sup>45</sup> C. GEIGER, «Les exceptions au droit d'auteur...», (2002), p. 33. Del mismo autor léase «Germany», (2003), pp. 107 y ss.

fines pedagógicos<sup>46</sup>, aunque en relación con algunas de las utilizaciones llevadas a cabo en la clase —las que afectan al derecho de reproducción— se establece la obligación del pago de una remuneración<sup>47</sup>. Cabe preguntarse si, en estos supuestos, estamos ante límites aquí calificados de ontológicos o ante limitaciones de la propiedad intelectual. La pregunta formulada descubre dos debates de mayor calado —vinculados a opciones nacionales de técnica legislativa— que exceden el objeto de este trabajo<sup>48</sup>. En todo caso y dada la vocación generalista de este Capítulo, hemos considerado más oportuno agrupar a los supuestos enunciados con las denominadas limitaciones.

---

<sup>46</sup> Art. 19.1.b) de la *Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992*. Sobre la interpretación de la disposición citada véase J. DE WERRA, «Switzerland», (2003), pp. 231-235.

<sup>47</sup> Art. 20 *Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992*.

<sup>48</sup> En primer lugar, el relativo a la definición del concepto de público y privado en los diferentes ordenamientos respecto a cada uno de los derechos específicos de explotación. Sobre el concepto de público léanse las interesantes consideraciones de S. MARTÍN, *Remuneración del Autor y Comunicación Pública*, (2004), pp. 219.

En segundo, y directamente relacionado con lo anterior, el referido a la extensión del derecho de explotación considerado globalmente cuando éste aparece enunciado de manera genérica (i. e. en Francia, España o Suiza). Así, el artículo 17 de la LPI, ¿cubre sólo la explotación colectiva o abarca igualmente la explotación privada de la obra? Sostiene J. GONZÁLEZ DE ALAIZA que las utilizaciones privadas, salvo cuando sobre ellas se impongan determinadas limitaciones, pertenecen al ámbito de poder del autor; (en *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), pp. 2 y ss y bibliografía allí citada). En contra, S. MARTÍN considera que la utilización privada no pertenece a la esfera de poder del autor. Para la autora el reconocimiento de un derecho de remuneración al autor vinculado a las reproducciones privadas tiene como origen, *grosso modo*, los perjuicios que puedan causarse a los autores; (op. cit. p. 62). *Vid.* al respecto infra nota 103. En efecto, la vinculación entre el derecho de explotación y la utilización colectiva parece ser la postura mayoritaria en la doctrina española: Cfr. J. MARCO, *La propiedad intelectual en la legislación española*, (1995), pp. 213-217; F. RIVERO, «Artículo 17», (1997), p. 298; F. BONDÍA, «Artículo 17», (1997), pp. 94-95. En todo caso, tanto la delimitación conceptual de las facultades de explotación como la derogación *del ius prohibendi* del autor comparten en última instancia la misma justificación (*vid.* infra apartado III.2.3) y tienen en la práctica efectos similares para el titular de derechos —cuya obra es utilizada generando o no una remuneración—, y para el utilizador de la obra, el beneficiario de la limitación o el tercero —que se vea obligado o no al pago de una remuneración al autor—.

## 2 Limitaciones educativas y limitaciones con fines de enseñanza. Tipología

### 2.1 Introducción

Casi todas las legislaciones contemplan limitaciones en relación con la utilización de obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual en entornos educativos. Es decir, contemplan supuestos en los que se limitan las facultades de los autores para facilitar la utilización de la obra en instituciones educativas o para la elaboración de materiales destinados a la educación. El uso que se haga de la obra puede servir a fines estrictamente didácticos —las denominadas *limitaciones con fines de enseñanza*— o, en otro extremo, simplemente hacer referencia a utilidades vinculadas directa o indirectamente con la educación, por ejemplo, actividades extracurriculares organizadas por un centro de enseñanza que no llevan aparejada, necesariamente, una finalidad didáctica.

En las siguientes páginas ilustraremos los diferentes tipos de limitaciones que tienen en común su vinculación con la educación. Al conjunto de todas ellas les denominamos *limitaciones educativas*. Éstas, como hemos avanzado, pueden clasificarse en *limitaciones con fines de enseñanza* (apartado 2.2) y limitaciones vinculadas a la educación (apartados 2.3 y 2.4). Las primeras las subdividimos asimismo en dos grupos: *las limitaciones docentes* y *las limitaciones para la incorporación de obras protegidas en materiales educativos*. Aunque el presente trabajo se centra en las limitaciones docentes —ya que son las únicas contempladas en la legislación española—, consideramos conveniente tener presente la posibilidad de otros supuestos que han encontrado su eco en el Derecho internacional, comunitario y comparado.

### 2.2 Limitaciones con fines de enseñanza

En las limitaciones con fines de enseñanza el uso de la obra sirve directamente a fines didácticos. Así, la proyección de diapositivas, de un vídeo o la lectura de un poema en una clase presencial; la fotocopia, distribución o puesta a disposición del público de textos e imágenes relativos a los contenidos de una asignatura; la elaboración de una

crestomatía o de un compendio de lecturas para las clases, etc., son ejemplos de utilizaciones que en algunos ordenamientos han merecido un tratamiento especial mediante la consagración de una o varias limitaciones. No obstante, como acontece con carácter general en relación con las disposiciones relativas a las limitaciones a los derechos de autor, el modelo de las limitaciones varía mucho de un ordenamiento a otro.

En ciertos casos, los usos citados pueden ampararse en cláusulas generales que hacen referencia a los fines didácticos o, como el art. 10.2 del Convenio de Berna<sup>49</sup>, a la ilustración de la enseñanza. El ejemplo más ilustrativo y (*a priori*) amplio es el del *fair use* estadounidense<sup>50</sup>. Estas disposiciones no agotan, siquiera en Estados Unidos, el elenco de limitaciones relacionadas con la educación.

En una primera aproximación, las limitaciones con fines de enseñanza pueden agruparse —cuando no aparecen bajo la misma cláusula general—, por un lado, en las destinadas a la educación como actividad —que autorizan la utilización de la obra en las clases o en actividades relacionadas con las clases (*limitaciones docentes*)—; y, por otro, en las orientadas a la elaboración de contenidos, materiales o productos destinados a su uso en centros educativos —a saber, *las relativas a la incorporación de las obras protegidas en una obra de naturaleza didáctica*—.

#### A. Limitaciones docentes

En este estudio nos centraremos especialmente en las limitaciones docentes, es decir, en aquellas referidas a la utilización de la obra por los involucrados en una actividad de enseñanza (sean éstos profesores o alumnos) y en relación directa con la actividad de instrucción<sup>51</sup>. El elenco de limitaciones docentes varía mucho de un país a otro: mientras

---

<sup>49</sup> Sobre el art. 10 CB, véase *infra* Capítulo 2 apartado I.1.

<sup>50</sup> §107 de la *Copyright Act 1976*.

<sup>51</sup> Quedan en principio excluidas de las limitaciones docentes las utilizaciones referidas al estudio personal o privado. Tales utilizaciones, cuando son objeto de una excepción específica al derecho de los autores, se configuran en disposiciones distintas de las que aquí estamos estudiando, a saber: las que se refieren de manera explícita al estudio personal (i. e. el art. 5.3 n) DDASI) o, en general, al uso privado (art. 31.2 LPI) o a la investigación (art. 37.1 LPI).

en algunos ordenamientos no se reconoce una limitación específica para la enseñanza<sup>52</sup>, en otros la referencia a los supuestos de hecho es de lo más variada. El art. 53 de la ley irlandesa autoriza a profesores y a alumnos a realizar copias (no reprográficas) de obras protegidas *para preparar las clases*<sup>53</sup>. Varios países autorizan la utilización de obras protegidas *en las clases*<sup>54</sup>. Algunos han actualizado o creado limitaciones específicamente diseñadas para la *enseñanza en línea*, (Alemania<sup>55</sup>, Bélgica<sup>56</sup> o Estados Unidos<sup>57</sup>). En Irlanda<sup>58</sup> y en Noruega<sup>59</sup> se ha contemplado de manera explícita la utilización y reproducción de obras protegidas en *exámenes*. E, incluso, en países como Brasil, se llega a advertir que el hecho de que los alumnos tomen *apuntes* durante una clase no constituye una infracción a los derechos de autor<sup>60</sup>.

La técnica de restricción —excepciones (usos gratuitos), licencias legales u obligatorias, o gestión colectiva no voluntaria— (*vid. infra* apartado II.2) también varía de unos ordenamientos a otros. En los países anglosajones se combina una excepción genérica o cláusula general con

---

<sup>52</sup> Éste era el caso de la legislación española que se limitaba a introducir el requisito de los fines docentes en el derecho de cita (art. 32.1 LPI). Tras la incorporación de la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos se introdujo una limitación específica al derecho de propiedad intelectual y al derecho *sui generis* sobre las bases de datos que permite la utilización de estas obras con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica (arts. 34.2 b) y 135.1 b) LPI). Es con la reforma llevada a cabo por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, cuando se introduce en la LPI una excepción general destinada a la ilustración de la enseñanza (art. 32.2). Sobre las limitaciones en el Derecho español versa el Capítulo 3 de esta obra.

<sup>53</sup> Art. 53 *Copyright and Related Rights Act, 2000*.

<sup>54</sup> Así el artículo 49.(1).1 de la ley eslovena (*Copyright and Related Rights Act*).

<sup>55</sup> Sección 52a, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

<sup>56</sup> 22§1.4<sup>o</sup>quater *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*. Sobre el régimen de limitaciones docentes en Derecho belga, *vid. infra* Capítulo 3.III.2 (especialmente orientado a la enseñanza en línea).

<sup>57</sup> Sección 110(2) de la *Copyright Act, 1976*, de acuerdo con la redacción del precepto tras la reforma implementada por la *Technology, Education, and Copyright Harmonisation Act*, (Teach Act). Sobre la sección citada léase *infra* Capítulo 3.III.4 y bibliografía allí citada.

<sup>58</sup> *Vid. art. 53 Copyright and Related Rights Act, 2000*.

<sup>59</sup> §13a *Act No. 2 f 12 May 1961 Relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, Etc.*

<sup>60</sup> Art. 46 *Nova Lei do Direito Autoral, Lei núm. 9.610, 1998*.

otras limitaciones, gratuitas (EE.UU.<sup>61</sup>) o bajo remuneración (Australia<sup>62</sup>). En Europa tenemos limitaciones docentes para todos los gustos: desde las excepciones con carácter gratuito de España<sup>63</sup> o Portugal<sup>64</sup> a las licencias no voluntarias de Alemania<sup>65</sup>, Bélgica<sup>66</sup> o Francia<sup>67</sup>, pasando por las licencias colectivas ampliadas de los países nórdicos<sup>68</sup> o el juego “excepciones<sup>69</sup>-licencias voluntarias sometidas al control del *Copyright Tribunal*<sup>70</sup>-licencias obligatorias<sup>71</sup>” contemplado en la normativa de Reino Unido.

B. Limitaciones docentes *vs.* limitaciones con fines de estudio privado y de investigación.

Las autorizaciones con fines de estudio privado o investigación, pueden configurarse en disposiciones distintas de las limitaciones docentes<sup>72</sup> o

---

<sup>61</sup> Sección 110(1) y (2) *Copyright Act 1976*. Reproducidas *ut supra* en notas 1414 y 1421.

<sup>62</sup> Partes VA- VB de la Ley australiana, *Copyright Act 1968*.

<sup>63</sup> Art. 32.2 y 34.2 b) LPI.

<sup>64</sup> Art. 75.2 f) *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

<sup>65</sup> Sección 52a *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz 1965*.

<sup>66</sup> Art. 22 §1. 4ºbis, ter y quater, *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*. Para un análisis del art. *vid. infra* Capítulo 3.III.2.2.

<sup>67</sup> Art. L122-5.3º.e) *Code de la Propriete Intellectuelle*. Sobre la citada disposición léase *infra* Capítulo 3.III.3.2.

<sup>68</sup> Cfr. por ejemplo §13b de la ley noruega, *Act No. 2 f 12 May 1961 Relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, Etc.*

<sup>69</sup> Section 36 *Copyright, Designs and Patent Act 1988*.

<sup>70</sup> Section 36(2) y Sections 116 y ss., *Copyright, Designs and Patent Act 1988*.

<sup>71</sup> Section 36(2) y Sections 140 y ss., *Copyright, Designs and Patent Act 1988*.

<sup>72</sup> En la LPI el art. 37.1 contempla la libre reproducción en bibliotecas y otras instituciones, siempre que ésta se realice “exclusivamente para fines de investigación”. El apartado, idéntico al contemplado en la ley de 1987, no permite la reproducción con fines docentes. De hecho durante la tramitación del proyecto tanto en el Congreso como en el Senado se propusieron dos enmiendas — la núm. 119 en el Congreso, del Grupo Parlamentario CDS (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 14-6, de 11/02/1987, p. 68) y la núm. 2 en el Senado, del Grupo Parlamentario Mixto, (BOCG, Senado, núm. 94c), de 07/09/1987, p. 38) — para la ampliación de la limitación también a la docencia.

Respecto a la primera, el portavoz del Grupo parlamentario esgrimía los siguientes argumentos: “creemos que ambas actividades son absolutamente equiparables. Además, muchas veces van indisolublemente unidas. A pesar de que el representante socialista nos dijo en el trámite de Ponencia de que también existía el peligro - que también consideramos- de que después esto pudiera dar lugar a una reproducción masiva de fotocopias en beneficio de los estudiantes, nosotros vemos que, desde la perspectiva del profesor, en ocasiones éste puede tener necesidad de tener acceso a tales fotocopias para poder exponer

quedar integradas en otras disposiciones referidas bien conjuntamente a los fines educativos y a la investigación<sup>73</sup>, bien a las utilizaciones

---

los temas con más conocimiento de causa o con mejores bases a sus alumnos, sin que esto suponga la reproducción masiva después por parte de ellos. Además, muchas veces no sólo son equiparables, sino que las actividades de docencia e investigación van indisolublemente unidas por parte de las mismas personas.” La respuesta del representante del grupo en el gobierno fue rotunda: “[La Enmienda propuesta] puede conducir a una ampliación excesiva de la reproducción de obras. Si se trata solamente de lo que él ha dicho, de que con fines de docencia el profesor, el docente haga, por ejemplo, fotocopias para mejor organizar su relación con los alumnos, no tendría nada que oponer, pero él me reconocerá que esto puede ser interpretado de otra manera. Si se incluye para la docencia, cualquiera podría interpretar que se trata de hacer 300 fotocopias de un determinado libro para que los estudiantes, los docentes y los discentes pueden desarrollar su actividad como tal. Creo que esto sería abrir de una manera excesiva el portillo y ya nos parece que está suficientemente establecido en el artículo 37.” Realizada la votación, la enmienda fue rechazada; léase DS, Congreso de los Diputados, núm. 128, de 12/05/1987, pp. 4848-4849.

Idéntica suerte correría la Enmienda núm. 2 presentada por el mismo grupo en el Senado, donde se esgrimieron en su defensa los siguientes argumentos: “El artículo se refiere a que los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas, etcétera, y termina diciendo que la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación. Nosotros pensamos que debe ser incluida claramente la docencia. ¿Por qué? Primero, porque en muchos casos es imposible separar la investigación de la docencia, la mayor parte de las veces es casi imposible; segundo, porque no parece razonable, por ejemplo, en una biblioteca universitaria, que un profesor que quiera utilizar un texto, filmas o lo que sea, para enseñar a los alumnos durante la clase, si quiere hacer reproducciones no puedan ser gratuitas. Realmente creemos -lo decíamos el otro día en Comisión y lo repetimos- que la cultura, aparte de respetar profundamente, como lo hace nuestro Grupo, los derechos individuales, tiene alguna proyección social, y en ella, limitar la posibilidad de acceso a la docencia nos parece realmente grave. Se nos argüía la posibilidad de que se hicieran fotocopias múltiples, que se entregaran a los alumnos y que fuera un fraude. Pero, señores, yo creo que en todos los casos hay mecanismos suficientes para poder impedir esto. No tendríamos inconveniente en aceptar una enmienda transaccional, en la que se dijera: “con fines de docencia para utilizar en los centros docentes por el personal docente”, por ejemplo. Pero no hay duda de que hay algunas obras de las que si no se hace reproducción gratuita para poder utilizarlas los docentes, indiscutiblemente se pierde parte de la capacidad cultural en la docencia.” En DS, Senado, núm. 46, de 07/10/1987, p. 1769.

Por otro lado, el art. 37.3 LPI, incorporado tras la reforma implementada por la Ley 23/2006, alude a los fines de investigación. Nótese que la correspondiente limitación en la DDASI —el art. 5.3 n)— hace referencia, además de a la investigación, a los fines de “estudio personal”. Y en cuanto a la limitación en el art. 5.2 b) DDASI relativa los actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, cabe señalar que no se adscribe a ninguna finalidad específica.

<sup>73</sup> P. ej., en nuestro ordenamiento, las limitaciones previstas respecto a las bases de datos en los arts. 34.2 b) y 135.1 b) LPI. También la DDASI contempla en una misma disposición —el

masivas realizadas *en* los centros de formación (*vid. infra* apartado 2.3). Si en las limitaciones docentes lo relevante es la acción de instrucción, —la presentación (por profesores o alumnos) de conocimientos y obras a otros miembros del círculo de la clase—, en las limitaciones con fines de estudio personal la utilización de la obra se realiza en la esfera privada del estudiante.

C. Limitaciones referidas a la incorporación de obras protegidas en materiales de naturaleza didáctica. Especial referencia a las crestomatías o antologías y a los programas y grabaciones educativas

Un segundo tipo de limitaciones con fines de enseñanza lo conforman las limitaciones orientadas a la elaboración de productos o materiales destinados a su uso en centros educativos. De lo que se trata es de facilitar y fomentar la elaboración de materiales didácticos. Las limitaciones más comunes son las relativas a la incorporación de obras protegidas en materiales educativos: por ejemplo en libros de texto, antologías o crestomatías. A las disposiciones autorizando estos usos a menudo se les denomina *schoolbook clauses*.

A título meramente ilustrativo, pueden traerse a colación la licencia obligatoria prevista en la legislación eslovena<sup>74</sup>, la alemana que establece el procedimiento a seguir para notificar el propósito al editor<sup>75</sup>, la limitación argentina —en sede del derecho de cita— que explícitamente determina la cantidad de palabras o compases que podrán ser reproducidos<sup>76</sup> o la limitación danesa que condiciona el ejercicio de la excepción a que haya pasado un lapso de 5 años desde la publicación de la obra<sup>77</sup>.

Por otro lado, reconociendo la importancia y las posibilidades que la radiodifusión puede suponer para la formación, algunos países han autorizado de manera expresa la incorporación de obras protegidas en

---

art. 5.3 a)— una limitación referida a utilidades “con fines educativos o de investigación científica”. Sobre el art. 5.3 a), *vid. infra* Capítulo 2, apartado II.1.2.

<sup>74</sup> Art. 47 *Copyright and Related Rights Act*.

<sup>75</sup> Sección 46 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965.

<sup>76</sup> Art. 10 *Ley de Propiedad Intelectual, Ley 11.723 de 1933*.

<sup>77</sup> Art. 18 *Consolidated Act on Copyright 2003*.



programas educativos así como su emisión y retransmisión. Estas limitaciones se contemplan en las mismas disposiciones que las *schoolbook clauses* —así en la ley colombiana<sup>78</sup>— o son objeto de una regulación específica, como era el caso de la antigua sección 110(2) de la *Copyright Act* estadounidense<sup>79</sup>.

Mientras los beneficiarios de las limitaciones con fines docentes suelen ser los centros docentes o las personas físicas directamente involucradas en la actividad de enseñanza, las limitaciones para la creación de materiales didácticos también pueden ser invocadas por editores o entidades de radiodifusión. A diferencia de las utilizaciones autorizadas por las limitaciones docentes, que suelen excluir la explotación comercial de la obra, este tipo de limitaciones ampara, en algunos casos, actividades de naturaleza claramente comercial, como la edición de libros de texto.

### *2.3 Más limitaciones educativas: la utilización en masa de obras protegidas y la celebración de actos escolares*

Además de las mencionadas, en las normas reguladoras de la propiedad intelectual se contemplan algunas limitaciones que exceptúan del poderío del autor utilizaciones que se llevan a cabo en los centros educativos, pero que no están directamente vinculadas o principalmente justificadas por una finalidad didáctica o de enseñanza —sin perjuicio, claro está, de que usos docentes puedan ampararse en las mismas—. Las más comunes son las referidas a utilizaciones masivas de obras protegidas en centros educativos o a la celebración de eventos escolares.

Paradigma de las primeras son las limitaciones relativas a la reprografía. Aunque éstas no tienen por qué referirse sólo a la llevada a cabo en los establecimientos educativos, en muchos países, reconociendo el volumen de la copia en estas instituciones, se han

---

<sup>78</sup> Art. 32 *Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor*.

<sup>79</sup> *Vid. supra* Capítulo 3, apartado III.4.1.

implementado licencias no voluntarias gestionadas por las entidades de gestión con tarifas específicas para instituciones educativas<sup>80</sup>.

En Suiza, por ejemplo, se han establecido tipos diferentes de tarifas según se trate de fotocopias efectuadas en el seno de administraciones públicas<sup>81</sup>, bibliotecas<sup>82</sup>, escuelas<sup>83</sup>, centros de reprografía y copia<sup>84</sup>, industria, artes y oficios<sup>85</sup>, o en el sector servicios<sup>86</sup>. Tales fotocopias pueden realizarse al amparo de la reproducción para uso privado permitida por la ley que reconoce un derecho de remuneración a favor de los titulares de derechos. Las tarifas se negocian entre entidades de gestión y utilizadores y, siguiendo un modelo de co-regulación, son aprobadas por la Comisión Arbitral Federal.

Con estas limitaciones se persigue no sólo dar respuesta a las necesidades docentes, educativas, de estudio o de investigación, sino principalmente satisfacer las pretensiones económicas de los titulares de derechos. En efecto, se trata de uno de los casos en los que la labor del legislador se ha orientado, como observa S. MARTÍN, por un lado, a concretar la función social de la propiedad intelectual y, por otro, a reaccionar ante una realidad que se impone a la propiedad intelectual: el fenómeno de consumo o de masa, del que el titular de derechos no debe quedar apartado<sup>87</sup>.

Ya hemos visto que, en algunos casos, las limitaciones de reprografía se definen en sentido amplio, abarcando supuestos que van más allá de los usos de enseñanza e incluso del uso privado. En otros, vienen a coincidir con las limitaciones con fines de enseñanza<sup>88</sup>. Por otro lado, los supuestos de utilización masiva de obras protegidas no se agotan en los casos de la reprografía. Así se han establecido igualmente limitaciones referidas a la grabación de obras audiovisuales o programas de

---

<sup>80</sup> Véase al respecto: L. GUIBAULT, *The Reprography Levies across...*, (2003).

<sup>81</sup> Tarif commun 8 I: Photocopie dans les administrations publiques.

<sup>82</sup> Tarif commun 8 II: Photocopie dans les bibliothèques.

<sup>83</sup> Tarif commun 8 III: Photocopie dans les écoles.

<sup>84</sup> Tarif commun 8 IV: Photocopie dans les centres de reprographie et de copie.

<sup>85</sup> Tarif commun 8 V: Photocopie dans l'industrie, les arts et métiers.

<sup>86</sup> Tarif commun 8 VI: Reprographie dans le secteur des services.

<sup>87</sup> S. MARTÍN, *Remuneración del autor y comunicación pública* (2004), pp. 19-21.

<sup>88</sup> Así en la regulación británica (section 36 *Copyright, Designs and Patent Act 1988*).

radiodifusión<sup>89</sup> y a reproducciones digitales, como es el caso de algunas de las licencias colectivas ampliadas de los países nórdicos<sup>90</sup> donde también se ha previsto su utilización para reproducciones digitales<sup>91</sup>.

Ya por último, cabe destacar las autorizaciones relativas a la representación pública de obras protegidas en eventos escolares<sup>92</sup>. Estas limitaciones suelen requerir para su aplicación la ausencia de ánimo de lucro y aparecen generalmente junto a otras previstas a favor de entidades religiosas<sup>93</sup> u otras entidades sociales<sup>94</sup>. Su racionalidad no

---

<sup>89</sup> Siguiendo con Suiza véase la Tarif Commun 7 : Utilisation scolaire (copie sur supports vierges et exécutions musicales).

<sup>90</sup> Cfr. arts 13 y 50 de la ley danesa (*Consolidated Act on Copyright 2003*); sección 13 y 14 de la ley finesa (*Copyright Act, Law No. 404 of July 8, 1961*); arts. 13 y 36 de la noruega (*Act no. 2 of 12 may 1961 relating to copyright in literary, scientific and artistic works, etc.*); art. 13 de la ley sueca (*Act on Copyright in Literary and Artistic Works, Law No. 729 of December 30, 1960*). Se puede acceder a un resumen de cada uno de los sistemas en el trabajo realizado por D. GERVAIS: *Application of an extended collective licensing regime in Canada: principles and issues related to implementation*, (2003), accesible en [http://www.pch.gc.ca/progs/acc/progs/pda-cpb/pubs/regime/regime\\_e.pdf](http://www.pch.gc.ca/progs/acc/progs/pda-cpb/pubs/regime/regime_e.pdf). El autor considera que, en el campo de la educación, el sistema de licencias colectivas ampliadas es el camino más rápido para el establecimiento de las tarifas por el uso de obras protegidas a las que los educadores quieren acceder; op. cit. p. 7. Sobre las licencias colectivas ampliadas *vid.* también infra apartado II.2.1.F.

<sup>91</sup> En Noruega la licencia colectiva ampliada se ha extendido a las reproducciones digitales: Art. 13.b) de la *Act no. 2 of 12 may 1961 relating to copyright in literary, scientific and artistic works, etc.* (*Vid.* información al respecto en «New extended collective licenses introduced», *Kopinor News*, December 2005, vol. 9, núm. 1). También en Islandia desde 1996 es posible el recurso a las licencias colectivas ampliadas para la copia digital. Sin embargo la entidad de gestión no ha conseguido la representatividad suficiente para poner en marcha el sistema. *Vid.* información publicada por Fjölis, entidad de gestión islandesa, en [http://www.fjolis.is/6\\_English/06English.html](http://www.fjolis.is/6_English/06English.html).

*Vid.* igualmente limitaciones suizas anteriormente referidas, respecto de las cuales la Tarifa Comun 9 III concernant l'utilisation d'oeuvres et de prestations protégées sous forme électronique à des fins privées, par l'intermédiaire de réseaux numériques internes dans les écoles, se aplica a las utilizations realizadas a través de redes telemáticas.

<sup>92</sup> Tal y como se contempla en los ordenamientos de, entre otros, los siguientes países : Alemania (§52 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*); Brasil (art. 46 *Nova Lei do Direito Autoral, Lei núm. 9.610, 1998*); Chequia (art. 35 *Law No. 121/2000 Coll. of 7 April 2000 on Copyright, Rights Related to Copyright and on the Amendment of Certain Laws*); Dinamarca (Art. 21 *Consolidated Act on Copyright 2003*); o Uruguay (art. 44B.1 *in fine, Ley sobre Propiedad Literaria y Artística; n.º. 9.739 de 1937*).

<sup>93</sup> Art. 35 de la ley checa (*Law No. 121/2000 Coll. of 7 April 2000 on Copyright, Rights Related to Copyright and on the Amendment of Certain Laws*); art. 21 de la ley danesa, (*Consolidated Act on*

puede derivarse tanto del fin educativo —que indirecta o directamente puede estar presente<sup>95</sup>— como del trato de favor que, a juicio del Estado, merecen ciertas instituciones dado el rol que ostentan en una concepción concreta de la sociedad.

#### *2.4 Otras limitaciones relacionadas con fines educativos*

Cabe finalmente mencionar otras limitaciones que explícita o implícitamente amparan usos educativos o indirectamente relacionados con la educación. Se trata del derecho de cita<sup>96</sup>, de las autorizaciones relativas al uso privado<sup>97</sup>, y cómo no, de las limitaciones contempladas a favor de ciertas instituciones como las bibliotecas<sup>98</sup>.

Con esta somera descripción de la amalgama de limitaciones relacionadas con la educación cerramos esta parte introductoria y damos paso a cuestiones más teóricas, relativas al concepto y el modelo de las limitaciones a los derechos de propiedad intelectual. De ello nos ocuparemos en el siguiente apartado.

---

*Copyright* 2003); o art. 44.B.1 de la uruguayana (*Ley sobre Propiedad Literaria y Artística*; n.º. 9.739 de 1937).

<sup>94</sup> Cfr. §52 de la ley alemana, (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965).

<sup>95</sup> En el caso alemán se hace mención expresa a los fines sociales o pedagógicos (cfr. §52..1, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965).

<sup>96</sup> Explícitamente la ley española establece que el derecho de cita sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, cfr. art. 32.1 LPI. Sobre la citada disposición *vid. infra* Capítulo 3.IV.2.

<sup>97</sup> Como observa C. PÉREZ DE ONTIVEROS, además de los intereses individuales que pueden justificar la excepción de copia privada, «debe aludirse a los fines sociales que inciden en el acceso a la cultura a través de la investigación y la docencia, campo en el cual se utilizan frecuentemente las llamadas copias privadas»; «Artículo 31», (1997), p. 600. También nosotros, un poco más atrás, habíamos relacionado la relación entre el estudio privado y las limitación contemplada en el art. 31.2 LPI, *supra* nota 51.

<sup>98</sup> Art. 37 LPI.

## II. LAS LIMITACIONES: APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA A LAS TÉCNICAS DE LIMITACIÓN Y FISONOMÍA DE LAS LIMITACIONES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS LIMITACIONES DOCENTES

1 *Generalidades. El concepto: ¿límites?, ¿excepciones?, ¿limitaciones?*

Con alguno de los tres conceptos, se suele denominar a las utilizaciones que el legislador sustrae con mayor o menor intensidad de las facultades o derechos *a priori* exclusivos de los autores. En el Derecho positivo el elenco de denominaciones es todavía mayor.

Nos los recuerda SIRINELLI: «No todos los sistemas jurídicos utilizan el término “excepción”. Se le encuentra eso sí en Bélgica (...). El mismo concepto es designado con otros términos en otros países: en Alemania y en España se utiliza el término “límites”<sup>99</sup>; en Suecia, Grecia y Estados Unidos, el de “limitaciones”; en Suiza se habla de “restricciones”; en el Reino Unido de “actos autorizados”, en Portugal de “utilización libre”. En lo que respecta al legislador francés, simplemente su genio jurídico le ha permitido evitar el término recurriendo a perífrasis como la que figura en el artículo L. 122-5 del Código de la Propiedad Intelectual (CPI): “Una vez que la obra se ha difundido, el autor no puede prohibir...”!!!»<sup>100</sup>.

### A. Límites

En la doctrina internacional, al menos la que aborda la cuestión desde el Derecho internacional y comparado<sup>101</sup> y, por tanto, de forma generalista, “límites” suele utilizarse en el sentido en el que lo hemos hecho en el primer apartado, en relación a todos los tipos de restricciones que puedan afectar a la propiedad intelectual o al ejercicio

<sup>99</sup> Y también limitaciones (art. 34 LPI) y excepciones (art. 135 LPI).

<sup>100</sup> Exceptions et limites..., (1999), p. 2.

<sup>101</sup> No entraremos, pues, en el análisis de cada una de las formulaciones realizadas desde la perspectiva del análisis del Derecho interno.

de los derechos a ésta vinculados, sean aquellos internos o externos a la regulación sobre la materia<sup>102</sup>.

## B. Límites *vs.* limitaciones. Excepciones

Más sutil nos resulta la distinción realizada por S. MARTÍN. Para la autora, los “límites” se refieren a un campo de acción externo a la propiedad intelectual, en particular y en relación a la utilización de obras protegidas, designan utilizaciones externas, *per se*, al poder del titular (no consideradas por tanto objeto del monopolio de explotación)<sup>103</sup>; mientras que el término “limitaciones” deberá ser utilizado para definir los supuestos en los que el legislador expropia, literalmente, la exclusiva del autor y que por tanto dan derecho a la indemnización correspondiente<sup>104</sup>. Esta distinción, si quisiera adoptarse desde un punto de vista de Derecho comparado, nos fuerza, en primer lugar, a distinguir y valorar —de acuerdo con las diferentes tradiciones jurídicas— cada uno de los diferentes límites, excepciones o limitaciones y su (correcta o incorrecta) formulación —técnica de

---

<sup>102</sup> Por todos, P. SIRINELLI, « Rapport de synthèse », (1999). Sobre la distinción entre límites externos e internos, *vid. supra* apartado I.1.2.

<sup>103</sup> Y que a su juicio se corresponderán con los supuestos tipificados en los arts. 31, 32.1 y 39 LPI. En este sentido, la rúbrica “límites” relativa al Capítulo II, Título III del Libro I de la LPI, merece, sugiere MARTÍN, una lectura corregida. «El “límite” es sólo uno de los casos de “demarcación” de la posición jurídica de un titular. Define su contorno “desde dentro”; está informado por la esencia misma del derecho al que afecta, y, de esta manera, fija hasta dónde llega el poder del titular. Junto al límite, se analiza la limitación, que, en sentido preciso, es la restricción que se opone externamente al derecho subjetivo y que le priva de efectividad en una esfera en que en principio no cabría excluir del poder que aquél confiere a su titular. A efectos prácticos, la discusión sobre si estamos en un caso u otro, puede resultar útil para discernir y justificar los requisitos y garantías que, en cada caso, deben rodear a quien, inicialmente es titular del derecho exclusivo, en tanto que la limitación singular, por suponer un acto de expropiación, da derecho a la indemnización correspondiente (art. 33 Constitución española) [...] Si el *límite*, por definición, presupone una utilización “extraña” (y por tanto carente de significado) para el titular de un derecho de propiedad intelectual, esa inocuidad es su rasgo natural más característicos frente a la “limitación”. Y además determina lo innecesario del pago que equilibre la nueva situación patrimonial». Por todo ello, la autora considera que hubiera resultado menos “equivoco” utilizar titular excepciones y no límites en el Capítulo mencionado. En S. MARTÍN, *Remuneración del Autor*, (2004) pp. 56-60.

<sup>104</sup> Así en el caso de los arts. 32.1.2º, 33, 37 o 38 LPI, versión previa a la reforma de 2003, por lo que, *de lege ferenda*, sugiere la incorporación en cada uno de los supuestos de un derecho de remuneración. S. MARTÍN, *Remuneración del Autor...*, (2004), pp. 58-59, en especial nota 86.

restricción adoptada en el Derecho positivo<sup>105</sup>—, y, en segundo, relacionarla con el contenido esencial de los derechos de autor. En este punto, respecto a ciertos usos docentes, ya hemos visto que en algunos ordenamientos se asimilan a las utilizaciones privadas —a juicio de S. MARTÍN, externas al poder exclusivo del autor— algunos de los usos realizados en el marco de una clase<sup>106</sup> —configurándose por tanto a modo de “límites”—. Pero ésta no es, al menos aparentemente, la tónica general. Por otro lado, el hecho de que el mismo supuesto de hecho se contemple como uso gratuito, uso autorizado aunque vinculado a un derecho de remuneración o, incluso, se someta a la autorización del autor, resta operatividad a la distinción realizada por la autora respecto del análisis positivo y general que venimos realizando.

### C. Excepciones *vs.* limitaciones

Desde otra perspectiva, puramente descriptiva y sin aparentes connotaciones sobre la naturaleza jurídica de la categoría a abordar ni pretensiones normativas, se recurre generalmente al término “excepciones” para designar utilizaciones gratuitas y “limitaciones” cuando, pese a que se le despoja al autor de algunos de sus derechos privados, se le reconoce el derecho a recibir una remuneración. Podría justificarse la distinción en la intensidad de la intromisión en los derechos: máxima tratándose de excepciones, más tenue tratándose de limitaciones. Intensidad que no habrá de leerse en términos de sacrificio, ya que éste no será necesariamente mayor en las utilizaciones gratuitas (en las que el perjuicio a autor es muchas veces mínimo e incluso puede constituir un verdadero beneficio —pensemos por ejemplo en el derecho de cita<sup>107</sup>—) que en las sujetas a alguna licencia no voluntaria o régimen específico de gestión<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> *Vid.* infra apartado 2.

<sup>106</sup> *Vid.* supra apartado I.1.D.

<sup>107</sup> Al repercutir favorablemente en la fama del autor. Sin perjuicio, además, de que «si una obra es citada fragmentariamente en repetidas ocasiones, es muy posible que los seguidores del debate científico decidan adquirir la obra», J. F. ORTEGA, «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005), p. 80.

<sup>108</sup> *Vid.* infra apartado 2 sobre las técnicas de restricción.

#### D. A favor del término limitaciones

No obstante, utilizar términos distintos para unas restricciones que, siguiendo a GUIBAULT, responden a una misma naturaleza<sup>109</sup> no hace más que complicar las cosas<sup>110</sup>. Por ello parece conveniente fijar un concepto que aúne las distintas técnicas utilizadas para liberar ciertos usos de las obras protegidas del control absoluto del autor, razón por la cual la doctrina ha ahondado en las connotaciones que los términos excepción y limitación entrañan. GEIGER utiliza unas imágenes muy bellas para ilustrarlas:

«En efecto, hay un diferencia conceptual importante entre los dos términos. El término excepción implica una jerarquía: una vez que el estricto campo de aplicación es sobrepasado, conviene volver al principio que es el derecho exclusivo. Por utilizar una imagen, se trataría de un islote de libertad en un mar de exclusividad. El término limitación no lleva implícito tal orden de valores. Al contrario, el campo del derecho exclusivo se encuentra determinado por sus límites, los cuales vienen a precisar sus contornos. Utilizando la misma imagen, nos encontraríamos entonces en presencia de un islote de derecho exclusivo en un mar de libertad.»<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> La autora, al tratar sobre la naturaleza jurídica de las limitaciones y ponerlas en relación con las diferentes técnicas de restricción, concluye que la técnica utilizada no afecta a la naturaleza jurídica de la limitación que no viene sino a reconocer un derecho objetivo del beneficiario de la misma. *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 102. No obstante, en su análisis, se refiere principalmente a las excepciones y licencias legales. La aplicación de su razonamiento presenta más dificultades en relación con las licencias obligatorias y, sobre todo, en los casos en los que la limitación consiste simplemente en la gestión obligatoria del derecho.

En términos similares léase S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 486 y ss.

<sup>110</sup> M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), p. 22, nota 105.

<sup>111</sup> Cfr. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 194; (la traducción es nuestra). No obstante, el autor al utilizar esta metáfora se refiere tanto a los límites que nosotros hemos denominado ontológicos como a las limitaciones/excepciones a las que nos referimos en este apartado.

En otros términos, B. HUGENHOLTZ afirma «It becomes clear that copyright exemptions are not, necessarily, exceptions (...) copyright limitations are mere (but essential) instruments, not exceptions to a rule»; «Fierce creatures...», (1997), pp. 4-5.



Ambas calificaciones se han relacionado con los diferentes sistemas de protección: en tanto en el *Droit d'Auteur* los derechos exclusivos vienen definidos en sentido amplio, resulta más adecuado el término excepciones al modelo continental, mientras que el de limitaciones parece encajar mejor en el ámbito anglosajón<sup>112</sup>. Así, I. GARROTE, se inclina por el término excepciones, en lugar de por el de límites, utilizado en nuestra LPI<sup>113</sup>.

Incluso refiriéndonos al *Droit d'Auteur*, consideramos pertinente acudir al término limitaciones para aludir al conjunto de utilizaciones respecto de las cuales el legislador ha limitado las facultades de control del autor sobre su obra. Su naturaleza, más neutra en relación con el equilibrio de intereses que se predica de la protección de la propiedad intelectual<sup>114</sup>, facilita el análisis en un mismo grupo de supuestos en los que la *vis* atractiva y la naturaleza de los intereses en juego divergen considerablemente<sup>115</sup>. Por otro lado, el término limitación es susceptible de abarcar las diferentes técnicas de restricción que pueden adoptar las limitaciones —usos gratuitos, licencias no voluntarias, gestión colectiva no voluntaria—: limitación y técnica de restricción no deben, por tanto, identificarse. Además, como han sostenido algunos autores, limitaciones puede utilizarse de manera indistinta para referirse a cualquiera de los modelos de protección de la propiedad intelectual<sup>116</sup>. Aunque la literatura comparada más reciente sobre el estudio de las excepciones y limitaciones parece decantarse por la idoneidad del

---

<sup>112</sup> En M.SENFTLEBEN, *Copyright Limitations and the Three...*, (2004), p. 22; A. LUCAS, «L'exception de citation», (1999), p. 121.

<sup>113</sup> «El término de excepción encaja mejor en el derecho español que —como el francés— parte de la idea de que el autor tiene el derecho a la explotación económica de su obra, y cualquier derogación de este derecho debe por tanto estar justificada, siendo, en sentido estricto una excepción a la regla general. En cambio el término límites debe reservarse para los límites “naturales” del derecho de autor, como pueden ser la duración limitada del plazo de protección o el principio de que el derecho de autor no protege las ideas sino su expresión». En *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 385, nota 1.

<sup>114</sup> El término excepciones implica sin lugar a dudas un orden de jerarquía: Cfr. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 194. P. Y-GAUTIER, «De la transposition des exceptions:...», (2001), p. 10.

<sup>115</sup> Por ejemplo, las limitaciones previstas a favor de explotadores secundarios (como las entidades de radiodifusión) o a favor del público (derecho de cita o la copia privada).

<sup>116</sup> L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 16.

término limitaciones<sup>117</sup>, la tradición sigue dándole “cierta cancha” al de excepciones<sup>118</sup>. Nosotros, por las razones que acabamos de apuntar, utilizaremos el término limitaciones para referirnos a aquellos supuestos en los que el legislador ha limitado las facultades de explotación de los autores. El término excepciones nos servirá, en cambio, para describir una de las técnicas de restricción en que pueden concretarse las limitaciones: los usos gratuitos. A las excepciones, junto con las restantes técnicas de restricción: licencias no voluntarias y gestión colectiva no voluntaria dedicaremos el siguiente apartado.

## *2 La técnica de restricción*

### *2.1 Tipos de técnicas de restricción*

#### A. Introducción

En el apartado anterior se ha introducido la referencia a las diferentes técnicas a las que acude el legislador para delimitar las facultades de explotación de los autores.

Generalmente se distingue entre *excepciones*, *licencias no voluntarias* —legales y obligatorias— y *gestión colectiva obligatoria* (o no voluntaria)<sup>119</sup>. Esta diferenciación hace hincapié en la existencia o no de una remuneración a favor del autor — licencias no voluntarias *vs.* excepciones (usos gratuitos) —; y en el alcance de la limitación: derogación absoluta del derecho exclusivo (excepciones), generación de un derecho de remuneración (licencias no voluntarias) o condicionamiento del ejercicio del derecho (gestión colectiva no voluntaria).

---

<sup>117</sup> Entre otros L. GUIBAULT, (*Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 16) y M. SENFTLEBEN (*Copyright Limitations and The Three...*, (2004), p. 22).

<sup>118</sup> Así J. H. SPOOR, « General aspects of exceptions and limitations : general report », en *The Boundaries of Copyright*, (1999), p. 31; C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 194. Otros autores sin duda más prácticos han optado por utilizar el término “excepciones y limitaciones”, A. STERLING, *World Copyright Law*, (2003), p. 434.

<sup>119</sup> L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), pp. 20 y ss; M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet*, (2002), p. 257, quien propone distinguir entre excepciones, o utilidades gratuitas (*free licences*), y limitaciones (*non-voluntary licences*), diferenciando dentro de estas últimas entre las denominadas licencias legales y licencias obligatorias.

Desde otra perspectiva podemos distinguir entre *autorizaciones legales* —lleven aparejada una obligación de remuneración al autor (licencias legales) o no (excepciones) —, y *licencias obligatorias* y *gestión colectiva no voluntaria*, en tanto en estas últimas se mantiene la existencia de un contrato —obligatorio en el caso de las primeras— entre el titular de derechos y el usuario. Las disposiciones de la DDASI relativas a las “excepciones y limitaciones” (art. 5) claramente se aplican a las autorizaciones legales quedando excluidas del término “excepciones y limitaciones” las limitaciones referidas al modo de gestión del derecho<sup>120</sup>. Si las licencias obligatorias se ven afectadas o no por el art. 5 DDASI es más dudoso, ya que, al igual que en el caso de la gestión colectiva, cabe argüir que constituyen una limitación de tipo contractual<sup>121</sup>. De hecho, y como veremos a continuación, los efectos de las licencias obligatorias y de la gestión colectiva obligatoria pueden ser, debido a la configuración legal de esta última, muy similares en la práctica. En las próximas páginas incidiremos en los conceptos anunciados —excepciones (apartado B), licencias no voluntarias (C -D) y gestión colectiva (E-F) —, con el objetivo de poner de manifiesto las diferentes opciones de técnica legislativa a las que puede acudir el legislador a la hora de configurar las limitaciones a la propiedad intelectual.

## B. Excepciones

En las excepciones el uso autorizado escapa del poderío del autor, éste no puede ni prohibir la utilización ni requerir una remuneración. En las páginas anteriores ya hemos aludido a algunas de las excepciones docentes existentes en Derecho comparado.

## C. Licencias no voluntarias. Licencias legales

Por el contrario, en las licencias no voluntarias en lugar del derecho exclusivo nos topamos con un derecho de remuneración. Mediante las licencias legales el legislador autoriza el uso delimitando él mismo la

---

<sup>120</sup> Cfr. Considerando 18 DDASI: “La presente Directiva no afectará a las disposiciones que existen en los Estados miembros en materia de gestión de derechos, como las licencias colectivas ampliadas.” Al respecto léase infra Capítulo 2, apartados II.1.1.B.3 y II.1.2.G2.

<sup>121</sup> Vid. infra Capítulo 2 apartados II.1.1.B.3 y II.1.2.G3 y bibliografía y fuentes allí citadas.

cuantía —o los criterios a tener en cuenta para su determinación— (p. ej., *vid. infra* en relación al sistema alemán) o remitiendo su fijación a una autoridad independiente<sup>122</sup>. La autorización lleva, por tanto,

---

<sup>122</sup> Así, los dos primeros sistemas previstos para la determinación de la remuneración del art. 25 de la LPI 1987. El sistema inicial, desarrollado por el Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, apostó valiente, pero, a juicio de algunos, ingenuamente, por la *autorregulación regulada* —“autoadministración” según la Exposición de Motivos de la Ley 20/1992— mediante la creación de un Comisión Mixta —conformada por representantes de los interesados y miembros de la Administración— cuya finalidad era “determinar los equipos y materiales afectados, la fijación del importe y el procedimiento de cobro de la remuneración” (art. 2 Real Decreto 287/1989). Dicho sistema resultó un verdadero fracaso por lo que tres años después se procedería a la modificación del art. 25, por la Ley 20/1992 y a su desarrollo por el Real Decreto 1434/1992. El nuevo sistema fijaría las cantidades aplicables a cada equipo o soporte gravados por la remuneración, remitiéndose para la determinación del importe total a un convenio privado entre los afectados al que el artículo 25.5a) dotaba de fuerza ejecutiva una vez formalizado en escritura pública. Si no se llegara a un acuerdo en el plazo de dos meses la Ley preveía la intervención de un mediador (figura ciertamente asimilada al arbitraje) nombrado por el Ministerio de Cultura que fijaría las cantidades sustitutivas. A la resolución del mediador también se le dotaba de carácter ejecutivo. Las cantidades determinadas por el mediador se conceptualizaban como mínimos indispensables por lo que los acreedores conservaban su acción ante la jurisdicción civil para la determinación del importe íntegro de las mismas. La Comisión Mixta del régimen anterior se sustituyó, por tanto, por la Mesa de negociación del convenio —órgano instrumental cuya finalidad consistía en alcanzar dentro de los dos primeros meses de cada año un acuerdo— en la que desaparecía la presencia de la Administración.

Sobre los citados sistemas léase J. ECHEVARRÍA, «La copia privada y reprografía...», (1991), pp. 604-605; J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, «Nuevas estructuras en...», p. 518, nota 22, y del mismo autor, «Artículo 25», (1994), pp. 464 y ss; S. MARTÍNEZ LAGE, (presidente de la Mesa de Negociación en 1993), «El acuerdo entre las partes ...», (1994); o E. DE PALACIOS, «La negociación como necesidad. Sujetos del derecho y de la obligación. Nacimiento de la obligación. Responsabilidad solidaria», (1994).

La reciente reforma de la LPI, llevada a cabo por la Ley 23/2006, modifica el régimen para la determinación de la “compensación equitativa” por copia privada. En el caso de la reproducción analógica se sigue el sistema vigente hasta entonces —las cantidades son determinadas en la propia ley, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional tercera que faculta a los Ministros de Cultura, de Industria y Energía y de Comercio y Turismo para adecuar, cada dos años, las cantidades establecidas en el artículo 25.5 LPI a la evolución tecnológica y al índice oficial de precios al consumo—. Es en el en caso de la reproducción digital donde el legislador se ha separado del sistema citado e introduce una nueva regulación que, en algunos puntos, recuerda a los intentos llevados a cabo en el pasado. Así, en la redacción actual del art. 25.6 se dispone que el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el que se apruebe mediante orden conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio. A tal efecto se iniciará un procedimiento en el que se convoca a las partes interesadas para que lleguen a un acuerdo. El citado acuerdo, de alcanzarse, deberá ser tenido en cuenta por la orden

aparejada el nacimiento de una obligación de naturaleza legal consistente en el pago de una remuneración. Se ha distinguido entre licencias legales *directas*, cuando la remuneración la satisface el beneficiario de la autorización —es decir, el sujeto que lleva a cabo el uso que se sustrae al monopolio exclusivo del autor—, e *indirectas*, cuando la satisface un tercero<sup>123</sup>.

Un ejemplo de licencia legal es la prevista en Alemania para las reproducciones reprográficas realizadas en los centros educativos<sup>124</sup>. El artículo 53.3 de la ley alemana sobre derechos de autor autoriza la reproducción parcial —e íntegra en determinados casos— de obras

---

ministerial, de modo que la separación del mismo deberá ser motivada. En todo caso recordemos que, mientras no se publique tal orden, la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006 dispone que la compensación aplicable será la establecida en los acuerdos ya suscritos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago por copia privada.

<sup>123</sup> La teoría de la licencia indirecta ha sido sostenida en nuestro derecho por C. ROGEL en relación con el derecho de remuneración tipificado en el art. 25 LPI, «La copia privada de obras literarias...», (1997). A. DELGADO, en su trabajo «La copia privada en España», (1990), afirma que la licencia legal indirecta es la tesis más extendida sobre la naturaleza jurídica del derecho de remuneración del artículo 25: «la ley [...] sustituye al titular del derecho exclusivo en la concesión de la necesaria autorización, si bien subordinando la efectividad de esa autorización al pago de una remuneración equitativa; [...] ahora bien, dado que la remuneración se satisface no por el verdadero copista, sino por el fabricante o importador de los equipos y materiales que hacen posible la reproducción, y teniendo en cuenta también que el beneficiario de la autorización es en cambio el copista, adquirente de dichos materiales y equipos, es evidente que se trata de una licencia legal indirecta, por cuanto sus efectos se trasladan “ope legis” del fabricante o importador de los soportes o aparatos al citado adquirente, que efectuará legítimamente la copia en el ejercicio de la autorización obtenida por el primero»; pp. 59-61. No obstante, el autor se desmarca de esa posición al concluir, según opinión que resumimos, que, pese a la relación formal y de fondo existente entre el art. 31.2 y el art. 25 LPI 1987, la naturaleza de la remuneración es la de un derecho de remuneración sobre las reproducciones no tipográficas de un determinado tipo de obras con la peculiaridad de que los sujetos pasivos de la obligación no son los utilizadores de la obra. La remuneración, a juicio de DELGADO, sólo puede explicarse en el marco de la responsabilidad civil objetiva, *vid.* pp. 15-19 y 65-66. S. MARTÍN critica ambas propuestas al defender que el art. 25 lo único que contempla es un derecho de remuneración, y, en todo caso, «si se quiere entender como “licencia” es una *licencia directa*. El beneficiario de la “economía de la reproducción privada” es el obligado al pago. El particular quedaría amparado, igualmente, en la realización de la copia para uso personal, aunque no existiese el art. 25»; *Remuneración del autor...*, (2004), pp. 261-262.

<sup>124</sup> Art. 53.3 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

protegidas en la cantidad requerida para una clase<sup>125</sup> o para la realización de exámenes<sup>126</sup>. Como complemento a la autorización se impone una obligación de remuneración que ha de hacerse efectiva a las entidades de gestión. La composición de la remuneración es mixta: se establece, por un lado, un canon por aparato reproductor y, por otro, un canon por página que han de abonar los explotadores de máquinas reprográficas en determinados centros educativos. El Anexo de la Ley especifica las tarifas que deberán aplicarse en cada caso, estableciéndose una suma más elevada para las fotocopias que se realicen a partir de obras didácticas con el fin de desincentivar su fotocopiado<sup>127</sup>. En el caso de Suiza, se ha optado por una suerte de co-regulación, en la que si bien la remuneración por la reproducción llevada a cabo en entornos educativos<sup>128</sup> se negocia entre las entidades de gestión y los utilizadores, deberá ser aprobada por un organismo público (la *Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins*) que podrá introducir las modificaciones que considere convenientes<sup>129</sup>.

#### D. Licencias no voluntarias. Licencias obligatorias

A través de las licencias obligatorias se establece una verdadera obligación de contratar. El glosario de la OMPI define la licencia obligatoria como «una forma especial de permiso que ha de concederse obligatoriamente, en la mayoría de los casos por las autoridades competentes o por conducto de organizaciones de autores, en condiciones definidas y para tipos determinados de utilización de obras. A diferencia de las licencias legales que, en virtud de ley autorizan directamente sin previa solicitud ni notificación, las licencias

---

<sup>125</sup> Se entiende que se trata de clases en cursos oficiales, por lo que se excluye cualquier actividad extracurricular. Cfr. C. GEIGER, «Germany», (2003), p. 112, quien se remite a su vez a NEUMANN, *Urheberrecht und Schulgebrauch*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 62

<sup>126</sup> Las universidades sólo resultarán amparadas por la limitación del art. 53.3 cuando la utilización tenga como finalidad la realización de exámenes. A juicio de C. GEIGER, la diferenciación se justifica porque los estudiantes universitarios pueden por sí mismos procurarse los documentos necesarios para la formación, lo cual, obviamente, no es posible en el caso los exámenes. En «Germany», (2003), p. 112.

<sup>127</sup> L. GUIBAULT, *The reprography levies across...*, (2003), pp. 12-14.

<sup>128</sup> *Vid.* arts. 19 y 20 *Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, de 1992.

<sup>129</sup> *Vid.* arts. 46 y 49 *Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, de 1992.

obligatorias están sujetas a una previa solicitud de concesión formal de la licencia, o al menos a una notificación previa al titular de derechos de autor». La licencia obligatoria opera, por tanto, como una obligación de contratar permitiendo que las condiciones y, en su caso, el precio, sean libremente determinados por las partes. En la literatura de divulgación e incluso en la científica<sup>130</sup> se ha destacado que la principal diferencia entre las licencias legales y las obligatorias (o forzosas) es precisamente el modo en el que se determina la remuneración: mediante la negociación en el caso de las forzosas, siguiendo los criterios determinados por la ley en las legales.

Para GUIBAULT, esta forma de limitación actúa más como una limitación a la libertad de elegir socio comercial que como una restricción al derecho exclusivo<sup>131</sup>. La forma que adopten las licencias obligatorias o forzosas, puede implicar una regulación muy genérica o realmente detallada, como es el caso de las licencias educativas australianas<sup>132</sup>. A veces, no siempre, se exige que la remuneración acordada sea equitativa o razonable. El régimen de licencia obligatoria se ha utilizado en algunos casos para la elaboración de crestomatías<sup>133</sup>, pero también para limitaciones estrictamente docentes. La *Copyright Act* australiana establece un elaborado sistema —con tres tipos de licencia: la *Broadcast statutory licence*<sup>134</sup>, la *Hardcopy licence*<sup>135</sup> y la *Electronic use licence*<sup>136</sup>—en el que, si bien las tarifas son fijadas entre las autoridades de gestión y los centros educativos, la ley configura el marco dentro del cual han de desarrollarse dichos acuerdos y las condiciones de utilización de las

---

<sup>130</sup> R. FERNAY, «Grandeur, misère et contradictions...», (1981), p. 162. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, (1993), p. 631. También L. GUIBAULT, *Licenses and Copyright Exemptions*, (2000), presentación realizada en la reunión Information Licensing, organizado por el Legal Advisory Board de la Comisión Europea, DGIS en Mayo de 2000; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 424.

<sup>131</sup> L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 25.

<sup>132</sup> Part VA y VB *Copyright Act 1968*.

<sup>133</sup> Cfr. art. 46 de la ley alemana (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965); art. 46 de la ley austriaca (*Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte, StF: BGBl. Nr. 111/1936 i.d.F. der UrhG-Novelle 2003*); o art. 18 ley danesa (*Consolidated Act on Copyright 2003*).

<sup>134</sup> Part VA *Copyright Act*, 1968.

<sup>135</sup> Part VB Div. 2, *Copyright Act*, 1968.

<sup>136</sup> Part VB Div. 2A, *Copyright Act*, 1968.

obras protegidas. Así, especifica las restricciones cuantitativas y cualitativas relativas a la categoría de obras afectadas, relaciona los derechos afectados, define el procedimiento de notificación de la autorización y los sistemas alternativos de seguimiento y control del uso de las obras, prescribe el carácter equitativo de la remuneración, etc.

#### E. Gestión colectiva no voluntaria<sup>137</sup>. Gestión colectiva obligatoria

Otra técnica de restricción es la gestión colectiva obligatoria, en la que se impone que la administración del derecho sea ejercida a través de las entidades de gestión<sup>138</sup>. Suele calificarse como la forma menos intensa de restricción. KARNELL subraya que la gestión obligatoria, en sí misma, no priva al titular de su derecho exclusivo<sup>139</sup>; aunque cabe entender que el titular ya se ha visto privado del mismo en tanto la gestión colectiva sólo puede afectar a los derechos exclusivos respecto de los cuales el Convenio de Berna permite introducir condiciones para su ejercicio o, en general, a los derechos de remuneración<sup>140</sup>. En todo caso, dada la regulación a la que están sometidas en determinados países las entidades de gestión —sujetas por lo general a la obligación a

---

<sup>137</sup> Siguiendo la clasificación de M. FICSOR, quien dentro de la gestión colectiva *no voluntaria* distingue dos tipos de gestión colectiva: la obligatoria y la ampliada. En «Collective Management of Copyright...», (2003), p. 3.

<sup>138</sup> Para L. GUIBAULT, como comentábamos un poco más arriba, la gestión colectiva constituye una condición al ejercicio del derecho más que una limitación al mismo, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 27. M. FICSOR considera que la gestión colectiva es «prácticamente una restricción». Refiriéndose al Convenio de Berna deduce que «por lo general la gestión colectiva obligatoria de *derechos exclusivos* sólo podrá exigirse prácticamente en los mismos casos en los que las licencias no voluntarias, (que dan lugar al simple derecho de remuneración)»; «Collective Management of Copyright...», (2003), p. 4.

<sup>139</sup> G. KARNELL, «Individual Rights in...», (1993), p. 23. En el mismo sentido L GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 103; S. V. LEWINSKI, «Mandatory Collective Administration...», (2004), p. 5; S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 424, nota 9, y C. GEIGER en «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), pp. 11-12.

Esta interpretación es a la que también a punta la interpretación de la normativa y jurisprudencia comunitaria. *Vid. infra* Capítulo 2 apartados II.1.1.B.3 y II.1.2.G.

<sup>140</sup> G. KARNELL, «Individual Rights in...», (1993), p. 23, y M. FICSOR, «Collective Management of Copyright...», (2003), pp. 4 y ss.

En contra, S. V. LEWINSKI, «Mandatory Collective Administration...», (2004); pp. 4-11; y C. GEIGER en «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), pp. 11-14.



contratar—<sup>141</sup>, los efectos prácticos de la gestión colectiva obligatoria se asimilan a los de las licencias obligatorias<sup>142</sup>. Como norma genera, la remuneración se determinará de común acuerdo entre las partes<sup>143</sup>, en defecto de acuerdo será fijada por la autoridad competente<sup>144</sup>.

Tratándose de la gestión colectiva ha de distinguirse entre la licencia individual —sobre una obra— y la realizada sobre el repertorio. Esta última lleva aparejada una licencia general. Además, ha de tenerse en cuenta que en la regulación de la actividad de las sociedades de gestión puede imponerse, como ocurre en el caso español, la obligación de prever reducciones en las tarifas generales cuando éstas se refieran a licencias concedidas a entidades culturales, entre las que, obviamente, se encuentran las educativas<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> Cfr. art. 157 a) LPI (reproducido infra nota 145), para el caso español. No obstante, como nos recuerda C. GEIGER, no siempre —el autor incide en el caso francés y suizo— las entidades de gestión están obligadas a contratar; en «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), pp. 12. Si bien reconoce que la negativa a otorgar una autorización podría implicar una transgresión a la competencia.

<sup>142</sup> Para P. SPURGEON, la gestión colectiva es, en efecto, un modo de licencia obligatoria. En «License or Limit?...», (2003), p. 13.

<sup>143</sup> Es más, S. MARTÍN equipara los efectos de la gestión colectiva obligatoria a los de las licencias legales, y ello por considerar que entre la entidad de gestión y los utilizadores no media un contrato sino una verdadera licencia legal, dada la obligación genérica de contratar a la que aquellas se sujetan y el carácter *no negociado* del precio (la fijación unilateral de las tarifas). Pese a que existe un mandato de negociación no se impone «el deber de conseguir un acuerdo real sobre las tarifas de las entidades gestoras para que éstas sean válidas e incluso eficaces». El pago del precio no responde siquiera a una relación *cuasicontractual* —como en el caso de las licencias obligatorias, siempre, claro está, que no vayan acompañadas de la gestión colectiva obligatoria—. S. MARTÍN, *Remuneración del autor...*, (2004), pp. 139-146.

<sup>144</sup> L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 26.

<sup>145</sup> Cfr. art. 157 LPI: " 1. Las entidades de gestión están obligadas:

- a) A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.
- b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.
- c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.

Huelga apuntar que es frecuente que a las licencias no voluntarias les acompañe la gestión colectiva. Los ejemplos que acabamos de mencionar relativos a las licencias alemana, australiana y suiza llevan aparejada la gestión colectiva del derecho.

#### F. Gestión colectiva no voluntaria. Licencias colectivas ampliadas

Otro sistema específico de gestión no voluntaria es el de las licencias colectivas ampliadas. Se trata de licencias otorgadas por una entidad de gestión suficientemente representativa cuyo alcance se extiende, por ley, a las obras de una misma categoría incluso cuando sus correspondientes titulares de derechos no sean miembros de la organización<sup>146</sup>. No obstante los titulares pueden expresar su renuncia a participar de la gestión colectiva, por lo que, a diferencia de las técnicas anteriores, el sistema no plantea duda alguna sobre su compatibilidad con la gestión de derechos exclusivos (y no de simple remuneración)<sup>147</sup>. Como adelantamos en su momento<sup>148</sup>, las licencias colectivas ampliadas (o extendidas) se utilizan en los países nórdicos en relación con los usos

---

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.

4. Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.”

<sup>146</sup> Un sistema similar puede derivarse de la facultad que otorga a los Estados miembros el art. 3.2 de la *Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable*, (DO L 248, de 06/10/1993, pp. 15-21):

“Todo Estado miembro podrá disponer que los contratos colectivos celebrados entre una entidad de gestión colectiva y una entidad de radiodifusión sobre una determinada categoría de obras puedan extenderse a los titulares de derechos de la misma categoría que no estén representados por la entidad de gestión, siempre que:

- la comunicación al público por satélite difunda simultáneamente una emisión terrestre de la misma entidad radiodifusora,
- el titular del derecho no representado pueda, en cualquier momento, excluir la extensión del contrato colectivo a sus obras y ejercer sus derechos de forma individual o colectiva.”

<sup>147</sup> M. FICSOR, «Collective Management of Copyright...», (2003), p. 8; G. KARNELL, «The implementation of Directive...», (2005), p. 210.

<sup>148</sup> Supra apartado I.2.3.

masivos de obras protegidas en centros educativos y, aunque están orientadas principalmente al entorno analógico, también se ha previsto su utilización para reproducciones digitales<sup>149</sup>.

## 2.2 *El modus operandi de las limitaciones. La subsidiariedad*

No todas las limitaciones tienen, necesariamente, naturaleza imperativa<sup>150</sup> o, mejor dicho, no todas son directamente aplicables. Algunas limitaciones operarán sólo si el autor no ha mostrado su reserva al respecto o si no se han puesto en marcha soluciones contractuales relativas a los usos amparados por la limitación. En Inglaterra<sup>151</sup> e Irlanda<sup>152</sup> las excepciones educativas relativas a la grabación y reproducción reprográfica de obras protegidas sólo serán aplicables si no se ha puesto en marcha un sistema de licencias voluntarias a tal efecto. En varios países se ha recurrido a un régimen subsidiario también en relación con las restantes técnicas de limitación. Las licencias colectivas ampliadas son otro ejemplo de un régimen de restricción subsidiario que puede ser derogado por renuncia del autor. Representan una suerte de presunción legal de adhesión a un modelo colectivo de gestión. Como veremos un poco más adelante, el legislador comunitario parece pronunciarse en la DDASI a favor de la aplicación de la subsidiariedad al referirse a la operatividad de las “excepciones y limitaciones” a los derechos de autor<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> Es el caso de Noruega e Islandia, aunque ya hemos visto que en este último país aún no se ha puesto en marcha el sistema. *Vid. supra* notas 90 y 91.

<sup>150</sup> Aunque sí que algunos ordenamientos establecen de manera expresa el carácter imperativo de las excepciones. Cfr. el art. 23bis de la ley belga, (*Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins*, 1994). Tras la última reforma operada por la ley de 22 de mayo de 2005 (*Loi transposant en droit belge la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*) la imperatividad de las excepciones cede cuando la obra o prestación es puesta a disposición del público *on demand* mediante contrato.

<sup>151</sup> Secciones 35 (Recording by educational establishments of broadcasts) y 36 (Reprographic copyright by educational establishments of passages from publishing works) *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988.

<sup>152</sup> Secciones 56 (Recording by educational establishments of broadcasts and cable programmes) y 57 (Reprographic copying by educational establishments of certain works) *Copyright and Related Rights Act*, 2000.

<sup>153</sup> Considerando 45DDASI: “ (45) Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de

Las bondades de esta opción —siempre que se supedite a que la solución contractual se ofrezca bajo condiciones razonables tanto para el titular de derechos como para el utilizador— no deben minusvalorarse ya que en el fondo constituyen un impulso al mercado, a la formalización de contratos<sup>154</sup>, al tiempo que se garantiza el acceso a la obra por los usuarios. Esta formulación de las limitaciones resultará, como tendremos la oportunidad de comprobar<sup>155</sup>, especialmente útil en el ámbito de las nuevas tecnologías, dado el estado tan dinámico en el que se encuentra el mercado de las licencias de usos digitales con fines educativos y la geometría variable a la que se está desarrollando.

### *2.3 Ventajas e inconvenientes de los sistemas de licencia*

El impulso a las licencias no voluntarias vino de la mano de los avances tecnológicos<sup>156</sup> y de la explotación —directa o indirecta— en masa de las obras protegidas, actividad que tanto económica como políticamente resulta oportuno tolerar. Esta técnica de restricción ha acaparado críticas de diferente índole<sup>157</sup>, cuyo contenido variará dependiendo del enfoque con el que nos acerquemos a nuestra disciplina. Nos limitaremos a enunciar algunas de ellas.

---

relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional.” Léase al respecto infra Capítulo 2 apartado II.1.2.G4.

<sup>154</sup> Como S. RICKETSON ha sugerido al referirse a los efectos de las licencias educativas australianas: «perhaps the truth is that the institution of statutory schemes, which are often complex in their operation, acts as an incentive to parties to negotiate their own solutions», S. RICKETSON, *The Law of Intellectual Property: Copyright, Designs & Confidential Information* (LBC Information Services 2nd ed 1999) p. 3; cit. en L. WISEMAN «Digital Copying in the Academy: the new Australian educational copying licence», artículo accessible en [http://www.ukcle.ac.uk/copyright/c\\_in\\_e01.html](http://www.ukcle.ac.uk/copyright/c_in_e01.html). Similares apreciaciones realiza, respecto al régimen británico de limitaciones educativas, D. W. K. KHONG, «Orphan Works, Abandonware...», (2007), p. 79.

<sup>155</sup> Infra apartado 2.4.

<sup>156</sup> Sobre el origen de las licencias no voluntarias en los países de *copyright*, véase W. NOEL, «Compulsory licences and copyright», (1981).

<sup>157</sup> Sobre las principales críticas realizadas a los mecanismos de licencias, véase A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, (1993), pp. 644-654.

## A. En contra de los sistemas de licencia

Para un sector de la “escuela neoclásica”<sup>158</sup>, las licencias no voluntarias, especialmente las licencias legales, representan una intervención excesiva en el mercado mediante la regulación de precios y la anulación de los canales privados a través de los cuales pueden lograrse las transacciones. Las tarifas fijadas por la ley no reflejan el valor real<sup>159</sup> del uso y, por tanto, perjudican el derecho de los autores a exigir una remuneración más razonable<sup>160</sup>. Desde otra perspectiva, STROWEL afirma que las licencias han supuesto una «socialización<sup>161</sup> del Derecho de Autor» que conlleva, a su juicio, unos riesgos nada despreciables<sup>162</sup>. Los partisanos del *Droit d’Auteur* han sostenido que suponen una derogación aparentemente injustificada de los derechos de autor<sup>163</sup> a

<sup>158</sup> Vid. infra III.3.2.

<sup>159</sup> Valor relativo que vendrá determinado, incluso en las licencias obligatorias y en las voluntarias, por la posición de las partes y el valor que éstas le asignen al uso, el cual obviamente, no coincidirá. Así, por ejemplo, en el asunto *Universities UK v Copyright Licensing Agency Limited, and Design and Artists Copyright Society Limited*, Copyright Tribunal, cases núms. CT 71/00, 72/00, 73/00, 74/00/, 75/01 (sobre las licencias educativas por reprografía), mientras los representantes de los derechos de los autores sostenían que las tarifas por fotocopia debían fijarse en relación con el coste por página de las obras impresas, las universidades sugerían que se determinara en relación con la cantidad que generalmente reciben los autores sobre el precio de venta del libro. Los resultados arrojados por los cálculos propuestos arrojaban diferencias considerables. El Tribunal consideró, no obstante, que las tarifas de la licencia debían fijarse en relación con el número equivalente de estudiantes a tiempo completo en las instituciones (FTES), pero en ningún caso basarse en un número teórico de páginas o de precio por páginas (Final Order, pár. 3). Vid. al respecto S. PICCIOTTO, «Copyright Licensing: the Case...», (2002), pp. 438-47.

<sup>160</sup> L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 23.

<sup>161</sup> «Le terme désigne, plus généralement, le processus visant à mettre en place un régime collectif ou communautaire (ainsi parle-t-on de la socialisation des moyens de production»); A. STROWEL, *Droit d’auteur et copyright*, (1993), p. 630. Léase, también del autor belga, «Licences non volontaires et socialisation...», (1991).

<sup>162</sup> El autor —citando a S. STEWART, «International Copyright in the 1980’s Part II», en EIPR, 1981, p. 264— concluye: «Pour certains, si la socialisation du droit d’auteur doit se poursuivre, les droits des auteurs risquent de devenir «vulnérables à la tyrannie de la majorité» ». A. STROWEL, *Droit d’auteur et copyright*, (1993), 650. Sobre la socialización y la gestión colectiva, como mecanismo menos perjudicial para los autores y por tanto más adecuado, vid. íd pp. 652-653, y, del mismo autor, «Licences non volontaires et socialisation...», (1991), p. 182.

<sup>163</sup> Estudios realizados para verificar si efectivamente los costes de transacción son eliminados por las licencias no voluntarias han arrojado, no obstante, resultados contradictorios. Vid. Strowel, *Droit d’auteur et copyright*, (1993), p. 646.

favor de los intereses de los intermediarios o de los utilizadores comerciales<sup>164</sup>. Las licencias atacan el corazón del derecho de autor, la exclusividad, convirtiéndolo en un mero derecho de remuneración. Se ha llegado a decir que representan un verdadero atentado contra el derecho constitucional de propiedad<sup>165</sup>. La reticencia europea a las licencias no voluntarias ha cedido el lugar que éstas ocupan en otros países cercanos al *copyright* a la gestión colectiva obligatoria que posibilita los denominados acuerdos globales. En este sentido puede afirmarse que se ha optado por la co-regulación frente a una mayor regulación que, en este punto, tiene lugar en los países anglosajones. En los países nórdicos y en Alemania la reticencia a los regímenes de licencias es menor que en otros países europeos. El propio Tribunal Constitucional alemán respaldó su conveniencia en el caso *libros escolares*<sup>166</sup>, una de cuyas consecuencias fue una ampliación de los supuestos de licencias no voluntarias en la normativa reguladora de la propiedad intelectual<sup>167</sup>.

## B. A favor de los sistemas de licencia

En defensa de las licencias no voluntarias se ha sostenido que constituyen un mecanismo idóneo para resolver el equilibrio de intereses al contentar a los autores —que reciben una remuneración (objetivo último del derecho patrimonial)<sup>168</sup>—, y al público —al que se garantiza el acceso a la obra—, amén de a los intermediarios —a los que se le facilita la explotación—<sup>169</sup>. En efecto, incluso desde una perspectiva estrictamente económica, las licencias contribuyen, al menos parcialmente, a la eliminación de los costes de transacción y el fomento

---

<sup>164</sup> G. FERNAY, "Grandeur, misère et contradictions...", (1991), pp. 139-173.

<sup>165</sup> C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 329.

<sup>166</sup> Cit. en C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 96 nota 10. Este asunto (GRUR 1972, p. 481) se resolvió el 7 de julio de 1971, junto con una paquete de decisiones relativas a utilizaciones llevadas a cabo en entornos educativos: «bibliotecas públicas», GRUR 1972, p. 485; «reproducción sobre bandas magnéticas», GRUR 1972, p. 488; «emisiones escolares», GRUR 1972, p. 487.

<sup>167</sup> C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), pp. 96-97.

<sup>168</sup> C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 328.

<sup>169</sup> A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, (1993), p. 627.

de la competencia en mercados derivados<sup>170</sup>. Cuando operan de forma subsidiaria se erigen en un importante elemento de presión para fomentar la negociación<sup>171</sup> e incluso la formación de mercados especializados. En definitiva, las licencias no voluntarias pueden contribuir a la consecución de los objetivos últimos de los derechos de autor de garantizar la creación<sup>172</sup> y la circulación de las obras en la esfera pública<sup>173</sup>. No obstante, su aplicación debe operar —como toda limitación— con las máximas reservas. Varios son los autores que han apostado por la implementación, para algunas de las utilizaciones realizadas en entornos educativos, de regímenes de licencias no voluntarias al estimar que representan un sistema adecuado para salvaguardar el interés de la sociedad y los intereses del autor<sup>174</sup>.

#### 2.4 Técnicas de restricción y nuevas tecnologías

##### A. Las licencias no voluntarias: ¿una respuesta al desafío tecnológico?

La tecnología digital ha reavivado el debate en torno a las licencias y a la gestión colectiva obligatoria. La introducción de licencias no voluntarias como medio para afrontar, y legitimar si cabe, el intercambio de archivos no comercial (*P2P*), ha sido defendida por representantes de la doctrina estadounidense<sup>175</sup> y por algunas

<sup>170</sup> En este sentido y en referencia a la licencia obligatoria introducida en el CB en respuesta a las demandas de los fabricantes suizos de cajitas de música, léase J. FORNS, «Derecho de la propiedad intelectual...», (1951), p. 1007. También la primera licencia legal implementada en USA, la denominada licencia mecánica, fue introducida con el anhelo de asegurar la competencia en el mercado industria de pianola, cfr. P. LIU, «Regulatory Copyright», (2004), p. 11.

<sup>171</sup> *Vid. supra* nota 154.

<sup>172</sup> Para C. GEIGER las licencias pueden resultar de hecho más respetuosas con el proceso de creación de nuevas obras. C. GEIGER, (2004), p. 324 y ss. En el mismo sentido se pronuncia L. LESSIG, *Free Culture*, (2003), pp. 100 y ss.

<sup>173</sup> *Vid. infra* apartado III.

<sup>174</sup> D. FREITAS, «Reproduction for private use and for educational purposes...» (1972), pp. 43 y ss. En nuestro Derecho, C. ROGEL, «Notas sobre el Derecho de Cita...», (1984), pp. 986-987. R. XALABARDER ha apostado de cara a la implementación de la DDASI y en relación con la utilización de obras protegidas en la enseñanza *on line* por las licencias obligatorias. *Copyright exceptions for teaching...*, (2004), pp. 2 y 31.

<sup>175</sup> W. FISHER partidario de la legalización de la actividad llevada a cabo en las redes *P2P* realiza un detallado estudio de los diferentes bienes y servicios que considera que deberían ser gravados, los métodos para realizarlo y el impacto, ventajas y desventajas, de las

sociedades de autores y titulares de derechos afines europeas<sup>176</sup>. El régimen de licencias no voluntarias también ha sido propuesto para fomentar los usos transformativos<sup>177</sup>, para explotaciones de los tonos de los teléfonos móviles<sup>178</sup>, o para las denominadas «primas de las obras huérfanas» —las obras descatalogadas—<sup>179</sup>.

---

opciones propuestas, en “Chapter 6: An Alternative Compensation System”, versión electrónica, pp. 17-22. Del libro *Promises to Keep...*, (2004). Propuestas similares han sido esgrimidas por otros autores, entre ellos, N. W. NETANEL, «Impose a Noncommercial Use Levy...», (2003), y L. LESSIG, *Free Culture*, Epílogo, (2004).

Estos sistemas, a los que generalmente se les denomina sistemas alternativos de compensación, no tienen sin embargo demasiada aceptación ni en la doctrina ni en las esferas políticas de nuestro continente. Al menos, en cuanto a estas últimas, así se concluye de las conclusiones esbozadas por el High Level Group on DRM, en su Final Report, march-july 2004: “Alternative compensation schemes or similar measures are clearly not the way forward for dissemination of content in digital networks and for the development of new innovative services”, p. 15. En el plano europeo habrá de estarse, en todo caso, a las acciones que adopte la Comisión tras la analizar las respuestas de los interesados a la consulta pública abierta a tal efecto en junio de 2006. Las respuestas han sido publicadas en [http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt\\_consultations/library?l=/copyright\\_neighbouring/stakeholder\\_consultation&vm=detailed&sb=Title](http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/stakeholder_consultation&vm=detailed&sb=Title).

Léase igualmente el documento de la Comisión que llama a la consulta pública: Stakeholder consultation on copyright levies in a converging world, y las respuestas a la consulta efectuada con anterioridad a los Estados miembros, en [http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt\\_consultations/library?l=/copyright\\_neighbouring/copyright\\_reform&vm=detailed&sb=Title](http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/copyright_reform&vm=detailed&sb=Title).

<sup>176</sup> Así en Francia, la propuesta de Spédidam, «14000 artistes-interprètes pour une licence globale sur internet: Le Livret Bleu de la SPEDIDAM», (2005) en la que plantea la posibilidad de un sistema de licencia legal y gestión obligatoria relativo a la reproducción y puesta a disposición en las redes *peer to peer*. O la de ADAMI, léase el estudio preparado por T. KRIM para la organización: *Le peer to peer un autre modèle économique pour la musique*, (2004), p. 127. Ambas entidades pertenecen a *Alliance Public-Artistes*, agrupación conformada *ad hoc* por representantes de diferentes partes interesadas, —sociedades de gestión, pero también usuarios (consumidores, educadores, etc...)—, para exigir la aprobación de una licencia legal en términos similares a los planteados por Spédidam. Más información sobre la propuesta en [http://alliance.bugieweb.com/pages/2\\_1.html](http://alliance.bugieweb.com/pages/2_1.html).

<sup>177</sup> L. LESSIG, *Free Culture*, (2003), pp. 100 y ss.

<sup>178</sup> *Vid.* S. BUTLER, «Battle Lines Drawn Over Compulsory License», (2005).

<sup>179</sup> Cfr. B. HOLLAND, “Orphan songs”, (2005), p. 26. Este régimen está vigente en Canadá. Cfr. Sección 77 de la *Copyright Act Canadiense*. Sobre el proceso de otorgamiento de estas licencias, y las licencias concedidas y denegadas véase <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/index-e.html>.



## B. La gestión colectiva obligatoria, ¿sobrevivirá a los DRM?

En cuanto a la gestión colectiva obligatoria, ésta ha sido cuestionada, entre otras razones vinculadas a la actividad de las entidades de gestión<sup>180</sup>, por las posibilidades que presenta la gestión electrónica de derechos (*digital rights management-DRM*)<sup>181</sup>. Ciertamente en los casos en los que el ejercicio individual del derecho pueda llevarse a cabo por los propios titulares, ¿hay necesidad alguna para mantener el carácter imperativo de la institución? Una respuesta afirmativa no implicaría la derogación general del sistema, sino su entrada en juego subsidiaria. En todo caso, la puesta en marcha de sistemas de gestión electrónica ha de realizarse con extremada cautela. Por un lado, éstos suelen llevar aparejadas medidas tecnológicas de protección, lo que abre otro ámbito extremadamente complejo de nuestra disciplina que puede exigir el replanteamiento, una vez más, del equilibrio de intereses en el seno del Derecho de propiedad intelectual<sup>182</sup>; por otro, el acceso y tratamiento de datos necesarios para la gestión de derechos nos lleva a la arena del derecho a la intimidad y la protección de datos. Son horizontes que no abordaremos, al menos frontalmente, pero que en todo momento hemos de tener presentes...

---

<sup>180</sup> A lo largo de los últimos años la Comisión Europea ha manifestado su inquietud respecto a la situación del mercado en el que operan las entidades de gestión. Los principales problemas se plantean en términos de transparencia y competencia. Véase la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social Europeo - La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, COM/2004/0261 final*. Resulta de especial interés la consulta de las 77 contribuciones al *public hearing* relativo a la comunicación citada. *Vid.* igualmente el documento de trabajo de la Comisión Europea: *Music copyright: Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*, de 7 de Julio de 2005. El 21 de Octubre de 2005 se publicó la *Recomendación de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea*. A la Recomendación le ha seguido un proceso ulterior de consulta pública que finaliza en julio de 2007. Todos los textos accesibles en [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/copyright/management/management\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/management/management_en.htm).

<sup>181</sup> Para una visión comprensiva del problema véase C. BEAT et al., *Digital rights management: the end of collecting societies?*, (2005).

<sup>182</sup> Sobre las medidas tecnológicas de control, *vid. in extenso*, S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005).

### C. Nuevas tecnologías y limitaciones docentes

La irrupción de la tecnología digital también se ha dejado sentir en la configuración de las limitaciones docentes. Varios países han procedido durante los últimos años a la modificación de su normativa, introduciendo nuevas limitaciones o actualizando las ya existentes para adaptarse a la enseñanza en línea. La solución alcanzada dependerá de cómo se articule el equilibrio de intereses: los de los usuarios —deseosos de aprovechar, con la máxima libertad, las posibilidades que les presenta la enseñanza en línea— y los de los autores y titulares de derechos —preocupados por una difusión descontrolada de los materiales protegidos y por los efectos perjudiciales sobre el incipiente mercado de licencias contractuales educativas—<sup>183</sup>. Algunos Estados han optado por la adopción de un régimen de licencias no voluntarias gestionadas por entidades de gestión. Así, el régimen previsto en las licencias obligatorias de Australia<sup>184</sup>. Alemania<sup>185</sup> y Bélgica<sup>186</sup> también han apostado por las licencias no voluntarias en la configuración de sus nuevas limitaciones relativas a la puesta a disposición al público de obras protegidas en actividades de enseñanza en línea. Y Noruega se ha extendido su sistema de licencias colectivas ampliadas a las reproducciones digitales<sup>187</sup>. Excepto en el caso de Australia —donde el sistema lleva vigente desde la reforma introducida por la *Digital Agenda* en el año 2000—, las restantes modificaciones son aún demasiado recientes lo que impide realizar una valoración crítica de las mismas y del impacto, positivo o negativo (a fin de cuentas la utilización se realiza contra remuneración), para los autores.

En el caso alemán la nueva sección 52a (que autoriza la puesta a disposición al público de obras protegidas con fines de ilustración en la enseñanza) lleva aparejada una *sunset clause* —cláusula de vigencia

---

<sup>183</sup> *Vide infra* apartado IV.4 *in fine*.

<sup>184</sup> Part VA y Part VB de la *Copyright Act*, 1968.

<sup>185</sup> Sección 52 a, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965.

<sup>186</sup> 22§1.4<sup>o</sup>quater *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*, en la versión dada por la *Loi du 22 Mai de 2005 transposant en droit belge la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*. Sobre el régimen belga *vid. infra* Capítulo 3.III.2.

<sup>187</sup> *Vid. supra* nota 91.

limitada—. Introducida en 2003 por la *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der InformationGesellschaft*, se dispuso que a finales de 2006 debía decidirse si la limitación se mantenía o no<sup>188</sup>. En noviembre de 2006 se ha decidido prolongar la vida de la disposición, pero sólo por un par de años... hasta diciembre de 2008<sup>189</sup>. El caso del legislador alemán no es el único en el que se han implementado límites temporales a la vida de las licencias. En Francia ha sucedido algo similar, aunque en el sentido contrario. El legislador introduce en la ley de transposición de la Directiva una licencia no voluntaria con fines educativos<sup>190</sup> que, no obstante, no será aplicable hasta enero de 2009<sup>191</sup>. Dicha fecha coincide con la expiración de los acuerdos entre el Ministro de la Educación Nacional, la Enseñanza Superior y de la Investigación y representantes de los titulares de derechos relativos a la utilización de las obras protegidas en la educación y en la investigación<sup>192</sup>. Es más que

<sup>188</sup> §137k *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*, de acuerdo con la versión dada por la *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der InformationGesellschaft*, de 11 de abril de 2003.

<sup>189</sup> *Fünftes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes*, de 10 de noviembre de 2006. De acuerdo con las fuentes consultadas la justificación de la extensión se debe a que aún no se ha llevado a cabo una evaluación de los efectos de la disposición. El Ministerio de Justicia pretende llevar a cabo una acción a tal efecto en un futuro próximo.

<sup>190</sup> Art. 1.I.2º *Loi núm. 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*: "L'article L122-5 du code de la propriété intellectuelle est ainsi modifié: [...]Le 3º est complété par un e ainsi rédigé: «e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'oeuvres, sous réserve des oeuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des oeuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10»." La citada disposición no ha sido diseñada específicamente para el entorno digital, sino que ampara todo tipo de utilizaciones docentes, en línea y fuera de línea. Para un análisis del nuevo art. L122-5.3ºe) *vid. infra* Capítulo 3 apartado III.3.2.

<sup>191</sup> Art. 1.II. "Les dispositions du e du 3º de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle s'appliquent à compter du 1er janvier 2009". *Loi núm. 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

<sup>192</sup> Se han firmado cinco acuerdos: *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*, *Accord sur l'utilisation des*

probable que estos acuerdos marquen las pautas para interpretar los nuevos artículos de la ley y, probablemente, para desarrollar el sistema de licencias anunciado. Se presentan, pues, como una especie de ensayo.

Estados Unidos, por el contrario, ha introducido una nueva excepción, sin remuneración, relativa a los usos digitales<sup>193</sup>. Cabe destacar que en Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre en otros países, el mercado de las licencias contractuales de usos de obras protegidas en entornos educativos en línea se ha ido desarrollando con rapidez en los últimos años gracias a la actividad de agencias de intermediación como el *Copyright Clearance Center*, que ha previsto un elaborado sistema de contratos específicamente orientado a los usos educativos<sup>194</sup>.

Las medidas adoptadas no han estado exentas de polémica. Especialmente en Alemania, en Francia, y, tal vez con menos virulencia, en Estados Unidos, dieron lugar a un debate realmente polarizado, reflejado, sobre todo en Alemania, en la oposición férrea del mundo editorial frente a la regulación adoptada por el legislador, al considerar que no sólo se están eliminado los incentivos para el desarrollo del mercado de las obras digitales<sup>195</sup> sino que se está abortando la

---

*publications périodiques imprimées à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche, Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche, Accord sur l'interprétation vivante d'œuvres musicales, l'utilisation d'enregistrements sonores d'œuvres musicales et l'utilisation de vidéomusiques à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche y el Accord sur l'utilisation des oeuvres cinématographiques et audiovisuelles a des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*, aunque sólo los tres primeros se aplican a la enseñanza en línea. Sobre el contenido de los citados acuerdos y su aplicación a la enseñanza en línea, *vid. infra* Capítulo 3 apartado III.3.3.

Sobre el alcance de los citados acuerdos *vid. infra* Capítulo 3 apartado III.3.3.

<sup>193</sup> Sección 110(2) *Copyright Act*, introducida por la *Technology, Education, and Copyright Harmonisation Act*, (Teach Act) adoptada el 2 de Noviembre de 2002.

<sup>194</sup> *Vid.* <http://www.copyright.com>. Otro ejemplo lo constituye el proyecto AMICO library (1996-2005), puesto en marcha por el Art Museum Image Consortium (AMICO) cuya finalidad era licenciar imágenes y otras obras existentes en sus fondos para usos educativos. Más información en <http://www.amico.org>.

<sup>195</sup> B. BOLLAG, «New Copyright Law Pleases...» (2003). Para una descripción de las posiciones de los intereses afectados, véase D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), pp. 540 y 544. La comunidad científica y educativa pese a que no fue muy activa ante la reforma de 2003, se ha organizado para la defensa de sus intereses ante la

posibilidad de un mercado potencial. Estos temores se manifestaron abiertamente a lo largo de la tramitación de la norma. La introducción de la *sunset clause* fue, de hecho, la exigencia de determinados grupos políticos para salvar la aprobación de la ley<sup>196</sup>.

En todo caso, cada una de las limitaciones mencionadas incorpora requisitos bastante estrictos para su aplicación con el fin de prevenir los perjuicios que pudieran causarse a los titulares de derechos. Los estudiaremos en el Capítulo 3, apartado III, de esta obra, dedicado a la enseñanza en línea, donde se adoptará un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado.

### *3 Fisonomía de las limitaciones de enseñanza en las grandes familias de la regulación de la propiedad intelectual*

#### *3.1 Droit d’Auteur vs. Copyright: fisonomía de los derechos y las limitaciones*

##### *A. Panorámica...*

Antes de finalizar este apartado, merece la pena una breve, brevísima, reflexión sobre algunas de las diferencias existentes entre el modelo de *Copyright* y el de *Droit d’Auteur*. Puede parecerle algo anacrónico al lector que insistamos en la distinción entre ambos sistemas, cuando, como veremos, las fronteras entre ellos se han ido difuminando con el paso del tiempo. Sin embargo, además de otras repercusiones, la diferente aproximación a la regulación de la propiedad intelectual que ha tenido el legislador en el continente y allende los mares ha

---

próxima modificación de la ley (*second basket*), *vid.* R. KUHLLEN «Controversial copyright regulation...», (2006) y H. MÜLLER, Country Report Germany (2006). A tal efecto se ha creado la Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ (Coalition for Action “Copyright for Education and Research”), que ha publicado la Göttinger Erklärung zum Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft vom 5. Juli 2004 (The Göttingen Declaration on Copyright for Education and Research of 5 July 2004), <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/index.html.en>.

En Francia, las bibliotecas y la comunidad científica y la universitaria han adoptado un papel mucho más reivindicativo durante el proceso de reforma de la ley. Para más información pueden visitarse <http://exception.politechnicart.net> (Une Exception pédagogique Pour un accès à la connaissance sans exception permettant la libre production du savoir scientifique) o <http://arsmusicae.club-blog.fr>.

<sup>196</sup> *Vid.* D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), p. 544.

determinado la fisonomía de las normas sobre la propiedad intelectual, al menos en lo que se refiere a la presentación de los derechos y limitaciones.

Bajo la perspectiva iusnaturalista que ha dominado el Derecho continental, el autor es la figura estelar<sup>197</sup>. El Derecho positivo consagra su derecho natural que la doctrina deriva de la teoría lockiana de la propiedad<sup>198</sup> y/o del personalismo kantiano. A grandes rasgos, la concepción de los derechos de autor como reconocimiento del derecho natural de la propiedad atribuye al correspondiente titular los frutos de su trabajo y esfuerzo<sup>199</sup>. La teoría de la personalidad, desarrollada en la doctrina jurídica por GIERKE, reconoce en la obra una prolongación de la persona del autor. Por el contrario, en el Derecho anglosajón la inspiración la encontramos en las teorías utilitaristas. El *copyright* se concibe como una herramienta al servicio de la generación y difusión del conocimiento, del progreso de las ciencias y las artes<sup>200</sup>. Si bajo la

---

<sup>197</sup> M. SENFTLEBEN, *Copyright Limitations and the Three...*, (2004), p. 6.

<sup>198</sup> J. LOCKE, *Second Treatise of Civil Government*, chapter V. La teoría de la propiedad de Locke influyó notablemente en las ideas revolucionarias que inspirarían la redacción de las primeras normas sobre derechos de autor. No obstante cabe subrayar que el autor nunca llegó a considerar su teoría de la propiedad en relación el objeto de nuestra disciplina. Cfr. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 217. La aplicación de la teoría lockiana de la propiedad, en exceso individualista, no reconoce la dinámica tan especial que subyace a la creación y que implica el reconocimiento de las aportaciones de otros, individuos o generaciones, al patrimonio intelectual. Véase al respecto W. LANDES Y R. POSNER, *La estructura económica del Derecho...*, (2006), p. 11.

<sup>199</sup> La teoría de la propiedad, más allá de justificar la propia naturaleza del Derecho de autor, resulta igualmente válida para determinar su extensión y, en sentido negativo, sus límites, —que, respecto a la propiedad en general, el propio Locke reconoce en la necesidad ajena y en el deber de compartir los bienes comunes—. Vid. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 217. Así, se ha llegado a justificar la existencia de limitaciones a favor del público en la teoría del filósofo inglés: cfr. W. GORDON, «A Property Right in Self-Expression:...», *Yale Law journal*, 1993, Vol. 102, pp. 1533-169, citado en S. DUSOLLIER, op. cit., p. 219.

<sup>200</sup> Basta recordar la rúbrica del *Estatuto de la Reina Ana* (1709), primera norma sobre propiedad intelectual: “An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned”. O la sección 8 del artículo 1- cláusula 8 de la Constitución Estadounidense (1787) que le otorga al Congreso el poder para “promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”. El mismo espíritu se desprende de la primera ley

inspiración iusnaturalista los derechos de los autores son preexistentes, limitándose la ley a consagrarlos y, en todo caso, a regular su ejercicio; bajo la doctrina del *copyright*, de carácter netamente positivista, es la ley la que otorga estos derechos, precisamente como instrumento (político y/o económico<sup>201</sup>) para garantizar o contribuir a la consecución de un interés superior<sup>202</sup>.

A partir de sus diferentes concepciones se comprende la enunciación tan amplia de las facultades de los autores presente en el Derecho continental (sistemas abiertos) y la delimitación que de las mismas se realiza en el *copyright* (sistemas cerrados). Así en Australia, Estados Unidos o Inglaterra, no se contempla un derecho de explotación en abstracto, como sí ocurre en España, Bélgica o Francia. Huelga decir que las limitaciones a las facultades de explotación están presentes en ambos sistemas. En los países de tradición continental, al ser el autor el núcleo de la regulación y ser tan amplias sus facultades de explotación, se define un catálogo escueto<sup>203</sup>, delimitado y cerrado de limitaciones. El sistema continental, entendido según la doctrina tradicional, exige una interpretación estricta de las limitaciones, veta la analogía, y se limita a reconocer unos intereses a favor de los beneficiarios, que, en ningún caso, implicará el reconocimiento de un “verdadero derecho”<sup>204</sup>. El paradigma del modelo continental es el ordenamiento francés y, bajo su órbita, los ordenamientos latinos<sup>205</sup>. En los países que siguen la tradición anglosajona, a las limitaciones cerradas y definidas, les acompañan excepciones generales, flexibles. El ejemplo más claro es el

---

estadounidense en la materia: *An Act for the Encouragement of Learning, by Securing the Copies of Maps, Charts, and Books to the Authors and Proprietors of Such Copies*, (1779).

<sup>201</sup> C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), pp. 27-35.

<sup>202</sup> Sobre la distinción entre *Droit d'auteur* y *Copyright*, véase en nuestra doctrina, J. FORNS, «Derecho de la propiedad intelectual...», (1951); y F. BONDÍA, *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), pp. 82-83.

<sup>203</sup> Salvando, eso sí, los supuestos de gestión colectiva obligatoria en relación con determinados derechos de remuneración.

<sup>204</sup> A. LUCAS, «L'exception de citation», p. 121; P. SIRINELLI, «Rapport de synthèse», (1999), p. 136.

<sup>205</sup> Entre ellos, el español; por todos: F. BONDÍA, *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), p. 82, nota. 53.

*fair use* estadounidense<sup>206</sup>, y, en cierta medida, el *fair dealing* contemplado en las normas británica<sup>207</sup> o canadiense<sup>208</sup>.

B... con matices

Este “pantallazo” general sobre los dos modelos adolece, lo habrá advertido el lector, de no pocas imprecisiones. Pese a las diferencias anteriormente enunciadas, lo cierto es que ambos, diseñados bajo los auspicios de la Ilustración<sup>209</sup> y las presiones económicas de los editores<sup>210</sup>, —propriadamente impresores-libreros—, están influidos, en mayor o menor medida, por las corrientes señaladas. Ya en sus orígenes se percibe la influencia utilitarista en el sistema francés y la iusnaturalista en el anglosajón<sup>211</sup>. Además ha de destacarse la existencia

---

<sup>206</sup> §107 *Copyright Act*, 1976. No obstante cabe recordar, con L. PALLAS, que, en sus orígenes, la doctrina jurisprudencial del *fair use*, más que para limitar los derechos de los autores, se utilizó para expandirlos. En tanto la regulación sólo contemplaba los derechos de imprimir, reeditar, publicar y vender, a través de la doctrina del *fair use* se fue admitiendo la protección del otros derechos, como el de realizar resúmenes, compendios, etc... posteriormente codificados —al igual que el *fair use*— en la *Copyright Act* de 1976; en «Redefining the market failure...», (1997), p. 6 (versión electrónica).

<sup>207</sup> Secciones 29 y ss. de la *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988.

<sup>208</sup> Secciones 29, 29.1 and 29.2. *Copyright Act* ( R.S. 1985, c. C-42 ).

<sup>209</sup> Sobre el régimen previo al reconocimiento de los derechos del autor, con especial referencia a España, véase la breve, documentada y clara exposición de B. RIBERA realizada en su obra *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), pp. 27-42.

<sup>210</sup> A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright* (1993), p. 79; M. SENFTLEBEN, *Copyright Limitations and the Three...*, (2004), p. 8.

<sup>211</sup> Léase el interesante y desmitificador estudio de J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991). La autora, que realiza un análisis histórico de la normativa francesa y estadounidense en la época revolucionaria, nos revela como, incluso en textos tan famosos —y requetecitados— como el discurso de Le Chapelier donde se alude a la propiedad intelectual como «la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable,... la plus personnelle de toutes les propriétés», la preocupación por el interés público, manifestada en la importancia del dominio público una vez que la obra es publicada, es constante. «Según Le Chapelier, el dominio público constituye el principio fundamental para el que hacen una excepción los derechos de los autores. Importa mucho, subraya, que la nueva legislación francesa ponga en su justo lugar el principio y la excepción del principio: si la excepción reemplazase al principio según el cual «una obra publicada es por su naturaleza una propiedad pública», «ya no hay base para vuestra legislación». En efecto, parece reprochar a la ley inglesa sobre el derecho de autor la creación de un derecho fuertemente protegido en lugar de tener en cuenta como es debido el dominio público»; op. cit. p. 158.

En sentido similar, A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright* (1993) y M. SENFTLEBEN, *Copyright Limitations and the Three...*, (2004), pp 7-10. En nuestra doctrina: J. FORNS, «Derecho de la



de variantes<sup>212</sup> o de países que han bebido de una y otra fuente a la hora de diseñar su normativa. La evolución que más o menos en paralelo han sufrido ambos sistemas a lo largo del último siglo difumina sus fronteras. Un ejemplo de esta interacción relacionado con la radiografía típica del *Droit d'Auteur* se manifiesta en una corrección del principio de interpretación restrictiva de las limitaciones mediante la interpretación teleológica de la mismas<sup>213</sup>.

Otro punto claro de acercamiento ha venido de la mano de la armonización internacional<sup>214</sup>. En los textos aprobados bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, si no puede obviarse cierta personalización del *copyright*<sup>215</sup>, a partir de la incorporación de los países en desarrollo se le otorga mayor relevancia al rol de la educación y la cultura e incluso del acceso a las obras protegidas<sup>216</sup>. Mientras el objeto del Convenio de Berna se enuncia

---

propiedad intelectual...», (1951); F. BONDÍA *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988); o J. F. ORTEGA «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005), que acertadamente observa: «si bien en un principio se pretendió fundar la categoría de derechos de autor en un derecho natural propio, derivado de la creación, no tardó en vincularseles dogmáticamente con el derecho de propiedad por razones más de orden práctico que filosófico», pp. 73-74. En efecto, la alusión al derecho de propiedad más que responder a una construcción teórica real, respondía a la retórica utilizada para la defensa de los intereses de un grupo concreto de sujetos.

<sup>212</sup> P. ej., en Alemania donde, pese considerarse tradicionalmente bajo la órbita del *Droit d'Auteur*, la regulación de la propiedad intelectual tiene una clara vocación social derivada de la doctrina del anclaje social de la propiedad y reconocida explícitamente por el Tribunal Constitucional Alemán, C. GEIGER, (2005), pp. 98-102 y bibliografía allí citada. También en España se ha insistido en la función social de la propiedad intelectual, tomando como principal fundamento el artículo 33 de nuestra Constitución. Entre otros, F. BONDÍA *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), pp. 101-102; J. L. LACRUZ, «Artículo 2», (1997), p. 38; C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Artículo 31», (1997), p. 595.

<sup>213</sup> Cfr. J. H. SPOOR, «General aspects of exceptions and limitations... », (1999), p. 31. En contra de la interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones en nuestro derecho C. ROGEL, «La inclusión de obras plásticas...», (2003), p. 299, o, del mismo autor, «Notas sobre el derecho de cita...», (1984), pp. 980 y ss. También C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Algunas notas sobre el derecho...», (2004), p. 90; J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), pp. 106 y ss.

<sup>214</sup> M. SENTFLEBEN, *Copyright Limitations and The Three...*, (2004), p. 7.

<sup>215</sup> C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 44

<sup>216</sup> Como veremos, el Apéndice a Berna, incorporado en el Acta de París (1971), es una muestra de la evolución citada, (*vid. infra* Capítulo 2 apartado I.2). El reconocimiento de la importancia de los derechos de la propiedad intelectual como instrumento para la mejora

como “la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”, en los preámbulos de los *Tratados de Internet* —TODA y TOIEF— ya se reconoce de manera explícita “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información”. De marcado carácter utilitarista puede tildarse el *Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*<sup>217</sup>, que incorpora por primera vez la regulación de la propiedad intelectual al sistema multilateral de comercio. En nuestro entorno el Derecho comunitario recoge ya ambas tradiciones, lo cual pone de relieve la convergencia existente.

Asimismo, el derecho a la protección patrimonial y personal de los autores ha sido incorporado a los grandes textos en materia de Derechos Humanos— así en el art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948<sup>218</sup> y en el art. 15 del Pacto relativo a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 1966<sup>219</sup>— o en algunas

---

de la riqueza cultural de los países en desarrollo es, además, uno de los argumentos esgrimidos por la OMPI para animar la incorporación en el ordenamiento jurídico de tales países de normas protectoras de la propiedad intelectual.

<sup>217</sup> Basta echarle un vistazo a la página web de la Organización Mundial de Comercio para percatarse de la influencia de las doctrinas utilitaristas en el proceso de adopción de los Acuerdos, ([http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/trips\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm) ). A título de ejemplo: «Los gobiernos y los parlamentos han conferido a los creadores esos derechos como incentivo para generar ideas que beneficien a la sociedad en su conjunto.» No obstante, S. FITZPATRICK advierte sobre el potencial “des-armonizador” del ADPICs en « Prospects of further copyright...», (2003), pp.221 y ss. El autor sostiene, *grosso modo*, que la regulación de mínimos habida en el seno de la OMC no supondrá sino una renacionalización de los derechos de autor, en la que los países exportadores de obras protegidas reforzarán la protección mientras que los países importadores intentarán flexibilizarla para disminuir los costes que especialmente los países en vías de desarrollo no pueden asumir.

<sup>218</sup> “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”.

<sup>219</sup> “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

constituciones europeas<sup>220</sup>, entre ellas la española<sup>221</sup>, lo cual revitaliza en cierto sentido el discurso de las teorías personalistas y ha llevado a

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

<sup>220</sup> Así, el art. 19 de la Constitución sueca (1975) o el art. 42 de la portuguesa (1976).

<sup>221</sup> Algunas constituciones europeas reconocen de manera explícita el derecho de los autores. Así, el art. 19 de la Constitución sueca (1975) o el art. 42 de la portuguesa (1976). La Constitución española hace referencia en su artículo 20.1.b) al derecho “a la producción y creación literaria, artística...”. El alcance del precepto ha sido intensamente discutido por la doctrina, en tanto se ha visto en él el reconocimiento de los derechos personales y patrimoniales de los autores —entre ellos: F. BONDÍA, *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), pp. 89 y ss.; J. PLAZA PENADÉS, *El derecho de autor y su protección...*, (1997), pp. 270 – 273 y 384-385—. Otra corriente doctrinal lo interpreta, en cambio, como una concreción de la libertad de expresión —por todos, R. BERCOVITZ, «Artículo 1», (1997), pp. 19-23. Esta última posición fue la adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 153/1985, de 7 de Noviembre, en la que afirma que “...el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional, no es sino una concreción del derecho -también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada.” (FJ 5). En contra, el escueto voto particular de Rubio Llorente que al respecto afirma que “la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., [no] es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo.

El Tribunal Supremo se ha limitado a aseverar que en el art. 20.1.b) “lo que se consagra como fundamental, es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor...”; sTS (Sala de lo Civil) de 9 diciembre 1985 (caso *Serrano*). Un comentario extenso y crítico de la sentencia, así como de sus antecedentes puede leerse en J. PLAZA PENADÉS, *El derecho de autor y su protección...*, (1997), pp. 205-232 y 266-273. No obstante, en una sentencia posterior, viene a reconocer que “la Constitución reconoce y protege el derecho a la producción y creación artística en el art. 20.1, b) y que, para su desarrollo y adaptación a las tendencias predominantes en los países miembros de la Comunidad Europea, se promulgó

algunos autores a afirmar en la categoría de los derechos humanos la naturaleza jurídica universal de los derechos de autor<sup>222</sup>. En todo caso, recordemos que el reconocimiento de los derechos de los autores se realiza en paralelo al de los ciudadanos de participar en la vida cultural<sup>223</sup>. Se contemplan así las dos caras de una misma moneda y se sella el compromiso entre las teorías personalistas y utilitaristas<sup>224</sup>.

### *3.2 La fisonomía de las limitaciones de enseñanza*

Las diferentes concepciones aludidas tienen su reflejo en el modo en el que las limitaciones educativas se han positivizado en la regulación de la propiedad intelectual.

---

la Ley de Propiedad Intelectual de 11 noviembre 1987”, sTS (Sala de lo Civil), de 29 marzo de 1996.

Independientemente del alcance que proceda otorgarse al art. 20.1.b), el segundo baluarte constitucional con el que se ha identificado el reconocimiento de los derechos de autor es el derecho de propiedad. Como acertadamente ha subrayado F. BONDÍA «... el derecho de propiedad debe también conectarse con el artículo 33.2 de la CE que sanciona la función social delimitadora del concepto genérico de propiedad. Al margen de las polémicas doctrinales suscitadas sobre lo acertado o no de hablar de los derechos que corresponden a los autores sobre sus obras como un derecho de propiedad, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico se configuran como una propiedad especial». Op. cit. p. 101. R. BERCOVITZ, defiende, como hemos referido, que el reconocimiento constitucional del derecho de autor se produce en el art. 33 de la Constitución, lo cual vendría a justificar, entre otras cosas, que nuestra LPI no tenga carácter orgánico; op. cit. 22.

Asimismo, el art. II-77.1 de la pretendida Constitución Europea disponía: “1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general. 2. *Se protege la propiedad intelectual.*”

<sup>222</sup> Entre otros, D. BECAOURT, «La Révolution française...», (1990); M. VIVANT, « Le Droit d’Auteur, un Droit de l’Homme», (1997); P. TORREMANS, «Copyright as a Human Right», en *Copyright and Human Rights* (2004) o C. GEIGER, *Droit d’auteur et droit du public...*, (2004). Sobre las diferentes aproximaciones al binomio *Copyright-Human Right*, vid. P. TORREMANS, op. cit. pp. 2-3.

<sup>223</sup> Vid. supra art 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el art. 15 del Pacto relativo a los Derechos Económicos Sociales y Políticos, reproducidos supra notas 218 y 219.

<sup>224</sup> C. GEIGER, *Droit d’auteur et droit du public...*, (2004), pp. 174-176.

### A. *Droit d'Auteur*: el derecho de cita

En los países pertenecientes a la órbita del *Droit d'Auteur*, de acuerdo con la conceptualización presentada, ha existido tradicionalmente una gran reticencia a la incorporación de limitaciones a los derechos de los autores. Éstas, en lo que se refiere a las utilidades docentes, quedarán, en los casos más extremos, limitadas al derecho de cita<sup>225</sup>. No obstante, la “nueva hornada” de normas, aprobadas muchas de ellas con ocasión de la implementación de la DDASI, ha flexibilizado un poco la rigidez de estos sistemas.

En España la única limitación a los derechos exclusivos de los autores que hacía referencia a fines estrictamente docentes era la contemplada en el art. 32 LPI (el derecho de cita). Sólo tras la transposición de la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos<sup>226</sup> se incorpora un “límite”, en realidad dos, para una categoría concreta de obras: las bases de datos, que permite su utilización con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica (art. 34.2 y, en relación con el derecho *sui generis*, art. 135.1 b). Es con la transposición de la DDASI al Derecho interno cuando se incorpora una limitación general con fines de ilustración en la enseñanza (art. 32.2)<sup>227</sup>. También en Francia se ha actualizado, como ya hemos comentado unas páginas atrás, la normativa de propiedad intelectual para introducir una nueva limitación con fines de ilustración en el marco de la enseñanza, la contemplada en el art. L122-5.3<sup>o</sup>e)<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> Era el caso del régimen francés respecto a los derechos de autor, antes de la implementación de la DDASI. *Vid. supra* Capítulo 3, apartado III.3.2.A.

<sup>226</sup> Incorporada mediante la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, BOE núm. 57, de 07/03/1998, pp. 7935-7940.

<sup>227</sup> En estos aspectos profundizaremos en el Capítulo 3 del trabajo. Sobre la situación en España respecto a las utilidades docentes léase igualmente, R. CASAS, «Spain», (2003); M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos multimedia...*, (2003), pp. 193 y ss.; y J. ORTEGA, «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005).

<sup>228</sup> Sobre tal limitación *vid. infra* Capítulo 3 apartado III.3.

## B. *Copyright*: del *fair use* y las excepciones estadounidenses a las licencias obligatorias australianas

La órbita anglosajona, conforme a su inspiración utilitarista, no sólo se ha mostrado menos temerosa a implementar limitaciones educativas, sino que, especialmente en el caso de Australia y Gran Bretaña, se ha mostrado “proactiva” a la hora de animar y fomentar la utilización de las obras e incluso las transacciones, a través de la implementación en su normativa de regímenes subsidiarios de licencias obligatorias y del tándem licencias voluntarias-excepciones para usos educativos.

El artículo 107 de la *Copyright Act* estadounidense alude a “la enseñanza (incluyendo las copias múltiples para su utilización en las clases)” como uso especialmente privilegiado de *fair use*. Además contempla excepciones para las utilizaciones en el marco de la enseñanza presencial (§110(1)) y en línea (§110(2)<sup>229</sup>). Éstas no derogan la aplicación del *fair use* a los entornos a los que se refieren.

La excepción de *fair dealing*, vigente en Australia, Inglaterra e Irlanda, no se aplica a las limitaciones docentes, sino exclusivamente a las que tienen como finalidad el estudio o la investigación. No obstante, en la regulación de los tres países se han insertado una variedad de disposiciones relativas a los usos docentes. En el país austral, además de las licencias obligatorias a las que ya hemos hecho referencia, se incluyen diferentes excepciones aplicables a la reproducción no sustancial de la obra<sup>230</sup>, la reproducción y adaptación<sup>231</sup> o la comunicación pública (*performance*)<sup>232</sup> durante una actividad de instrucción, la reproducción durante un examen<sup>233</sup> y la incorporación de fragmentos en crestomatías<sup>234</sup>. En el caso de Inglaterra e Irlanda se incluyen también varias excepciones, algunas de las cuales sólo serán

---

<sup>229</sup> Sobre la excepción citada *vid. infra* Capítulo 3 apartado III.4.

<sup>230</sup> S. 135ZG y ss. *Copyright Act*, 1968.

<sup>231</sup> S. 200 (1)(a) *Copyright Act*, 1968.

<sup>232</sup> S. 28 *Copyright Act*, 1968.

<sup>233</sup> S. 200 (1)(b) *Copyright Act*, 1968.

<sup>234</sup> S. 44 *Copyright Act*, 1968.

aplicables en defecto de licencias voluntarias<sup>235</sup>. Se anima así a que los titulares de derechos concluyan acuerdos orientados a la utilización de las obras protegidas en los centros educativos.

### C. Otros sistemas

Como ya hemos comentado, la legislación alemana incluye varias disposiciones relativas a las limitaciones docentes. La doctrina del anclaje social del derecho (*Sozialbindung*) ha servido para justificar la inclusión de licencias no voluntarias relativas a utilidades llevadas a cabo en entornos educativos. Ya por último cabe recordar, una vez más, la introducción de licencias colectivas ampliadas en los países nórdicos.

---

<sup>235</sup> Así las secciones 56 y 57 de la *Copyright Act* irlandesa relativas a la reproducción de programas de radiodifusión y reproducciones reprográficas respectivamente.

### III. EL PORQUÉ Y EL CÓMO (MODELO NORMATIVO) DE LAS LIMITACIONES DOCENTES

#### 1 Introducción

El presente apartado lo dedicaremos a profundizar en el modelo normativo de la regulación de la propiedad intelectual, de sus limitaciones y, en particular, de las limitaciones docentes.

En la doctrina española J. FORNS<sup>236</sup> y, especialmente, F. BONDÍA<sup>237</sup> y F. GÓMEZ POMAR<sup>238</sup> se han esforzado en dar cuenta del porqué del Derecho de la propiedad intelectual, de su contenido y su extensión, extremo que, como sugiere BONDÍA, exige un análisis desde diferentes perspectivas<sup>239</sup> y, necesariamente, un enfoque metajurídico<sup>240</sup>.

La aproximación a la justificación de la propiedad intelectual puede hacerse, como ha señalado DUSOLLIER, desde diferentes perspectivas: la filosófico-política o la económica<sup>241</sup>. Nuestra posición, no obstante, se basa en un análisis integrador: partimos de una aproximación filosófica-

---

<sup>236</sup> J. FORNS, "Derecho de la propiedad intelectual...", (1951).

<sup>237</sup> En su monografía *Propiedad Intelectual: Su Significado...*, (1988).

<sup>238</sup> «La función de la propiedad intelectual...»; (1993), en especial pp. 167-179. El autor se acerca a la institución de la propiedad intelectual desde la perspectiva del análisis económico, netamente utilitarista: «La regulación jurídica del fenómeno de creación y difusión de bienes culturales es inseparable de las consecuencias del mismo contempladas desde una perspectiva económica, esto es, como producción de un tipo de bien económico deseable para los individuos y para la sociedad en su conjunto»; op. cit. p. 179.

<sup>239</sup> F. BONDÍA, *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), pp. 22-23.

<sup>240</sup> El análisis que a continuación presentamos parte de la sistemática adoptada por A. STROWEL, y siguiéndole S. DUSOLLIER, para la definición de los fundamentos del Derecho de autor. En su monografía *Droit d'auteur et Copyright*, el jurista belga analiza los fundamentos de nuestra disciplina desde una triple perspectiva cuyos tres ejes pretenden dar respuesta a diferentes cuestiones: la estrictamente jurídica, sobre la naturaleza jurídica (en la que nosotros no entraremos); la metajurídica, sobre la justificación; y la que denomina pragmática o sociológica, que no pretende sino poner de manifiesto cada uno de los diferentes intereses en juego que subyacen a la arquitectura, en continua evolución, del Derecho de propiedad intelectual. Cfr. A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright*, (1996), pp. 73 y ss.; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 216 y ss.

<sup>241</sup> Que la autora analiza, en una exposición clara y sistemática, hasta sus últimas consecuencias, véase S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 216-243. Vid. también nota anterior.



política que da cuenta de la razón de ser de la propiedad intelectual y sus rasgos definitorios, para, posteriormente, incorporar elementos del análisis económico que modulan los perfiles más concretos de la regulación de la institución. Como nos recuerda NETANEL en uno de sus artículos: la propiedad intelectual está en el mercado, pero no sólo en el mercado<sup>242</sup>.

En efecto, la complejidad del modelo normativo actual de la regulación de la propiedad intelectual, caracterizado por una reglamentación cada vez más económica que a su vez forma parte de la política cultural, no puede sino abordarse desde el cruce de caminos en el que confluyen argumentaciones de muy diferente calado. La filosofía política y la ciencia económica nos proporcionan las herramientas para el análisis de un objeto cuya dimensión política, cultural y económica es abrazada por una misma norma. Los bienes culturales al tiempo que son el objeto y vehículo de la libertad, la crítica y la discusión, están sometidos al comercio<sup>243</sup>. Una aproximación integral que dé respuesta a los problemas que en este trabajo abordamos no puede obviar ninguno de los dos factores, ni por tanto la lógica con la que operan<sup>244</sup>. Pero además, desde un punto de vista meramente descriptivo, la configuración de la normativa de la propiedad intelectual responde al juego de intereses entre los diferentes colectivos afectados.

En las páginas siguientes analizaremos, en primer lugar, la justificación misma de la regulación de la propiedad intelectual, de su configuración

---

<sup>242</sup> N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996), p. 288. Para F. BONDÍA, la propiedad intelectual puede —dependiendo de la perspectiva a partir de la cual se analice— ser definida como un «método para enlazar el mundo de las ideas y el mundo del comercio», *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), p. 22.

<sup>243</sup> No obstante, y como veremos a continuación, es cierto que el mercado puede imponer igualmente su propia tiranía, y ahogar, de manera más sutil, la autonomía de los creadores y, en paralelo, la del público. En palabras de N. W. NETANEL: «the market presents both a treat and a promise the democratic character of civil society», en «Copyright and a Democratic...», (1996), p. 346.

<sup>244</sup> También NETANEL admite esta cohabitabilidad del análisis político y el análisis económico en la teoría explicativa de las normas sobre propiedad intelectual. *Vid.* N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996), p. 341. P. GELLER subraya igualmente la conveniencia de no abandonar la *metanorma moral* ni la *metanorma económica* al afrontar el análisis de nuestra disciplina, «Towards an overriding norm...», (1994), p. 31.

en relación con el alcance de los derechos y de las limitaciones (apartado 2). A continuación, repasaremos los conceptos básicos del “análisis económico del Derecho”, en tanto resultarán relevantes para determinar la relación entre las limitaciones y el funcionamiento del mercado (apartado 3). En el apartado 4 se realiza una descripción de los intereses, públicos y privados, que confluyen en esta área del Derecho. Finalmente, haremos una breve referencia a la relación entre los derechos y libertades fundamentales y la propiedad intelectual (apartado 5)<sup>245</sup>.

## *2 La justificación de la propiedad intelectual (y de las limitaciones —especialmente las docentes—) a través del paradigma de la esfera pública*

### *2.1 Justificación de la propiedad intelectual*

#### A. Introducción

Nuestra aproximación filosófico-política al Derecho de propiedad intelectual se hace eco y es tributaria de las teorías recientemente expuestas por DUSOLLIER<sup>246</sup> —y, parcialmente de las de NETANEL<sup>247</sup>—,

---

<sup>245</sup> Antes de entrar en materia nos gustaría aclarar que el análisis que presentamos es deliberadamente muy superficial. Por tanto, invitamos al lector interesado a profundizar en las cuestiones señaladas mediante la lectura de los autores citados en las notas al pie.

<sup>246</sup> DUSOLLIER al analizar la perspectiva político-filosófica del Derecho de propiedad intelectual (*Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 216 y ss.) reconoce su origen primero en la teoría lockiana de la propiedad. El paradigma de la esfera pública, al que le dedica mucho más espacio, complementa tal justificación. No obstante, entendemos, que la idea de propiedad, queda totalmente integrada en los ideales de la Ilustración —es presupuesto de la autonomía y la libertad—y con ella en la justificación de los derechos de autor a partir de la teoría de la esfera pública. Por otro lado, la problemática que presenta la instrumentalización de los derechos de los autores a través de la institución jurídica de la propiedad es por todos conocida. El paradigma de la esfera pública puede prescindir de la teoría de la propiedad —esgrimida incluso en su época por los editores europeos para reclamar los derechos de la obra como propios—, superarla y adaptarse sin problemas a los sistemas instituidos sobre la concesión de privilegios y a las diversas corrientes sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor.

<sup>247</sup> El profesor estadounidense realiza también una aproximación política-económica a la justificación de la propiedad intelectual: «copyright is in essence a state measure that uses market institutions to enhance the democratic character of civil society. In supporting a market for authors' works, copyright serves two democracy-enhancing functions. The first

quien, a su vez, parte de la relectura de la Ilustración realizada por HABERMAS<sup>248</sup>, y de la extensión de sus categorías básicas a la sociedad actual<sup>249</sup>. Con ello se pretende explicar, desde un análisis *a posteriori*, por qué nació el Derecho de propiedad intelectual y cuál es —o debiera ser— su configuración.

## B. La Ilustración: el uso público de la razón y la configuración de la esfera pública

Hemos situado el origen de las normas sobre derechos de autor en la Ilustración, definida por KANT como el «uso público de la razón»<sup>250</sup>. Uno de los valores fundamentales del movimiento es la autonomía del individuo y de la ciudadanía frente al poder. Sólo mediante la autonomía, entendida en términos de libertad, podrá el individuo, y con él la sociedad, salir de su «minoría de edad». El instrumento necesario para alcanzar la «verdadera ilustración» es el «uso público de

---

is a production function. Copyright provides an incentive for creative expression on a wide array of political, social, and aesthetic issues, thus bolstering the discursive foundations for democratic culture and civic association. The second function is structural. Copyright supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage, and cultural hierarchy. The democratic paradigm requires that copyright protection be sufficiently strong to ensure support for copyright's production and structural functions. But at the same time, it would accord authors a limited proprietary entitlement, designed to make room for—and, indeed, to encourage—many transformative and educative uses of existing works.» En «Copyright and a Democratic...», (1996), p. 288. En su caso la influencia de HABERMAS no es tan explícita. El autor hace girar el denominado paradigma democrático del *copyright* en torno al acto de la creación. Pese a que suscribimos casi por completo su argumentación, echamos en falta una adecuada valoración de la importancia de la difusión y acceso a las obras por el *público-no creativo*. En este sentido nos parece que la teoría desarrollada por DUSOLIER es mucho más completa.

<sup>248</sup> Léase su obra *Strukturwandel der Öffentlichkeit. (Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft)* (1962), publicada en España bajo el título *Historia y Crítica de la Opinión pública (La transformación estructural de la vida pública)*.

<sup>249</sup> Desde otra perspectiva, P. GELLER extrae la justificación del Derecho de propiedad intelectual, a partir de la denominada *sign wealth norm* (traducida por Antonio Muñoz como «metanorma de la riqueza semiótica»). Nótese que las conclusiones a las que llega, —aún partiendo de corrientes filosóficas distintas— en relación con la «desiderata de variedad y accesibilidad» a la que se orienta el Derecho de la propiedad intelectual no se alejan de las señaladas al final de este apartado. Cfr. P. GELLER, «Towards an overriding norm...», (1994), pp. 43 y 97.

<sup>250</sup> I. KANT, *¿Qué es la Ilustración?*, p. 28; (en la edición de *Filosofía de la Historia* publicada por el Fondo de Cultura Económica, 1989).

la razón», que HABERMAS sitúa en la denominada esfera pública (*Öffentlichkeit*), entendida como un nuevo espacio político de crítica frente al Estado<sup>251</sup>, en el que se conforma la opinión pública<sup>252</sup>, elemento inescindible del desarrollo democrático<sup>253</sup>.

### C. La esfera pública y los bienes culturales

La generación y alimentación de la esfera pública y la aparición y desarrollo de la producción cultural a través del incipiente mercado de las obras protegidas están íntimamente relacionados<sup>254</sup>. Ambas responden a las sinergias económicas, filosóficas, jurídicas y políticas del siglo de las luces<sup>255</sup> y ambas coadyuvan a su recíproco desarrollo. El nexo de unión entre la esfera pública —en su inicio concebida a través de la publicidad literaria<sup>256</sup>— y la producción cultural es el público concebido como sujeto de opinión y como destinatario —y consumidor— de la producción cultural<sup>257</sup>. En efecto, el nuevo espacio crítico genera un público más y más creciente y exigente al que va destinada la producción literaria y artística, al tiempo que el mercado de las obras produce más y más obras plurales y libres que alimentan las necesidades del público. Como ha afirmado DUSOLLIER:

---

<sup>251</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 220; J. HABERMAS, *Historia y Crítica de la Opinión pública...*, (1994), pp. 65 y ss.

<sup>252</sup> Recordemos que el espacio de la opinión pública se define como «una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura»; en J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, (1998).

<sup>253</sup> J. HABERMAS, *Historia y Crítica de la Opinión pública...*, (1994); del mismo autor, *Facticidad y validez* (1998).

<sup>254</sup> J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública...*, (1994), p. 68.

<sup>255</sup> Ascenso imparable de la burguesía; desarrollo del sistema capitalista y generación del mercado de la información y de la propiedad literaria y artística, mediante la autofinanciación y la progresiva desvinculación de las estructuras formales de poder y el mecenazgo; reconocimiento y reivindicación del sujeto; proclamas revolucionarias y consagración de la libertad de expresión y de la propiedad intelectual; anticorporativismo, etc...

<sup>256</sup> J. HABERMAS, *Historia y Crítica de la Opinión pública...*, (1994), pp. 68-79.

<sup>257</sup> «Le public se llama en la Francia del siglo XVII a los *lecteurs, spectateurs, auditeurs*, en calidad de destinatarios, consumidores y críticos de arte y literatura»; J. HABERMAS, *Historia y Crítica de la Opinión pública...*, (1994), p. 69. Sobre la relación de la esfera pública con la producción cultural *vid.* también N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996), pp. 341 y ss.

«No es una coincidencia que el derecho de autor aparezca concomitante a la aparición de esta esfera pública que, recordemos, se inscribe en un contexto esencialmente literario y cultural.»<sup>258</sup>

#### D. La propiedad intelectual como instrumento facilitador de la esfera pública. La función social de la propiedad intelectual

En este contexto se produce, pues, la consagración de la propiedad intelectual, que es consecuencia y promotora del comercio de los bienes culturales y de la consecución de los valores revolucionarios e ilustrados. El uso público de la razón, desde la perspectiva del Derecho de propiedad intelectual, exige, por un lado, la creación y difusión de obras creativas en un régimen de autonomía y libertad que se instrumentaliza mediante el acceso de los autores al mercado<sup>259</sup>, y, por otro, la existencia de un público —autónomo y crítico, contemplativo o creativo— al que vayan destinadas las obras<sup>260</sup>. Así, la normativa de derechos de autor no se limita a garantizar la autonomía de los autores reconociéndoles el derecho de propiedad sobre su obra, sino que, atendiendo al especial vínculo existente entre la obra y sus destinatarios, entre la producción cultural, el uso público de la razón y la esfera pública<sup>261</sup> —reflejado, por ejemplo, en el papel jurídicamente

<sup>258</sup> *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 222. La traducción es nuestra.

<sup>259</sup> El régimen anterior de privilegios respondía, por el contrario, a dos objetivos primordiales: el desarrollo de la industria de la impresión —que sin los monopolios otorgados no podría desarrollarse— y por otro, el control, la censura, sobre las obras publicadas. Cfr. B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción...*, (2002), pp. 35-37; respecto del primer objetivo observa la autora que «en ningún caso se pretendía proteger la obra del espíritu, sino el producto de la imprenta». Vid. también J. FORNS, «Derecho de la propiedad intelectual...», (1951); y E. PÉREZ CUESTA, «Una perspectiva histórico-jurídica...», (1981). La regulación de la propiedad intelectual era, a diferencia del período que se inaugura con las normas republicanas, netamente administrativa.

<sup>260</sup> Sobre la relación autor-obra-público, véase D. BECOURT, «La révolution française...», (1990), pp. 234-238, que el autor define como «relación visceral», afirmando que «existe un doble imperativo al que sería inoportuno sustraerse: la protección conjunta del autor y de su obra, en interés del público al que *por su naturaleza* está destinada esa obra»; el subrayado es nuestro.

<sup>261</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 222. Así, el tan vigente debate sobre el *acceso* a la información desde la perspectiva de las normas de propiedad intelectual no es, como pudiera sostenerse, ajeno a la regulación del Derecho de propiedad intelectual, sino que se remonta a los orígenes de la institución. En este sentido es pertinente recordar que el

relevante de la divulgación<sup>262</sup> —, reconoce la función social del autor y de su obra y se dota de un contenido eminentemente social —a saber, el propio juego entre los derechos reconocidos y los límites a la protección—<sup>263</sup>. La dimensión social de la obra supera, integrándola, la

---

paradigma de esfera pública, no resulta aplicable sólo a nuestra disciplina sino también a aquella con la que tantas veces nos topamos que es la de la regulación de la información.

<sup>262</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 234. *Vid.* también D. BECOURT, «La révolution française...», (1990), p. 236; y P. GELLER, «Towards an overriding norm...», (1994), pp. 43 y ss.

Sobre la relevancia de la divulgación, véase en nuestra doctrina J. M. DESANTES, *La información como derecho*, (1974), que considera que la divulgación representa «el derecho o facultad nuclear [...] que constituye el sistema nervioso [...] de todo el resto del derecho de autor», p. 112. En esta monografía dedicada al estudio del derecho a la información, DESANTES aborda el derecho de propiedad intelectual como un componente del derecho de la información. Así afirma que «la conexión jurídica del sujeto activo y del sujeto receptor [...] se efectúa a través de este fluido constante, sustantivo y sustancioso que es el derecho de autor.» Y, continúa: «Esta elevación del derecho de autor a la categoría de elemento fundamental constitutivo de la información, nos da una primera deducción que nace de que sea el hilo conductor entre el creador del intelecto y su destinatario masivo: el derecho de autor se sitúa en una posición de equilibrio, tan alejado de un espíritu excesivamente individualista como de un espíritu excesivamente masificador o colectivista [...] De este modo, los horizontes del derecho de autor se nos amplían, ya no está el derecho de autor concebido solamente como un poder en manos de un titular, ni siquiera como un poder que permite así negociar con él y contratarlo con otra persona o entidad que colabora al proceso de la comunicación, sino que hay que tener en cuenta el tercer lado de triángulo: el sujeto destinatario del objeto de este derecho, es decir, el público.» *Op. cit.* pp. 109-111.

<sup>263</sup> F. BONDÍA reconoce la justificación de la propiedad intelectual en la defensa de un interés general, que identifica con la idea de progreso. Si bien no niega la influencia de las doctrinas iusnaturalistas en el origen del reconocimiento del derecho de los autores en el continente, entiende que «el legislador de nuestros días, al igual que el norteamericano del siglo XVII en la materia, se muestra más sensible a aquellas exigencias de tutela del interés público y del progreso cultural, científico y técnico, haciendo recaer en ellos la justificación de los derechos concedidos a los creadores intelectuales»; *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), p. 85. Este interés general es el que justifica no sólo el reconocimiento de los derechos de autor sino también sus límites y sus limitaciones, *op. cit.* pp. 85-86, en especial, nota. 64. *Vid.* asimismo J. FORNS, «Derecho de la propiedad intelectual...», (1951), en especial respecto de las limitaciones pp. 1006 y ss; C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Artículo 31», (1997), pp. 594-595; también de la autora citada en último lugar «Aproximación al significado...», (2002), p. 29. La vocación social de las obras intelectuales ha sido igualmente subrayada por la jurisprudencia. Entre otras la sTS, de 19 de julio de 1993, cuyo Fundamento Jurídico Tercero al tratar el derecho patrimonial del autor declara que “Tal derecho [...] está externamente destinado a la difusión de la obra producida entre el público, contribuyendo entre otros fines, a la formación cultural y lúdica de éste”. Para un comentario de la sentencia citada léase: C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Sentencia de 19 de julio de 1993», (1993), pp. 957-963.

económica y determina la finalidad de la nueva regulación<sup>264</sup>. Esta función social de la propiedad intelectual fue clamorosamente defendida por el legislador revolucionario de la Francia republicana<sup>265</sup> y explícitamente reconocida en los países del bloque del *Copyright*<sup>266</sup>. La doctrina alemana del anclaje social del Derecho de propiedad intelectual (*Sozialbindung*), enunciada con posterioridad, no puede ser más esclarecedora<sup>267</sup>. También en la literatura española se defiende de manera prácticamente unánime la función social de nuestra disciplina<sup>268</sup>. Desde otra perspectiva, el papel que juega la información en el seno del Derecho de propiedad intelectual ha llevado a algunos autores a considerarlo como una rama del derecho de la información y de los medios de comunicación<sup>269</sup>. No entraremos en esta disputa. En todo caso, lo que no ofrece duda es que el paradigma de la esfera pública es absolutamente adecuado para justificar también el derecho de la información y, en su caso, la regulación del mercado y la actividad

<sup>264</sup> También J. HABERMAS distingue las dos dimensiones, económica —«forma mercantil»— y política —«producto artístico»—, de los bienes culturales, *Historia y Crítica de la Opinión pública...*, (1994), p. 193.

<sup>265</sup> Por todos, J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991).

<sup>266</sup> Ya en otro lugar hemos hecho referencia a la rúbrica de las primeras normas que venían a reconocer los derechos de los autores. *Vid. supra* nota 200.

<sup>267</sup> Véase al respecto el artículo del investigador del Max Planck Institute for Intellectual Property, C. GEIGER, especialmente relacionado con el objeto de nuestro trabajo, «Les exceptions au droit d'auteur...», (2002); del mismo autor *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), pp. 98-101,

<sup>268</sup> Como ha destacado F. BONDÍA: «la propiedad intelectual representa desde sus inicios, cuando no había ni los más leves atisbos de la función social de la propiedad ni de su subordinación al interés común, la más evidente manifestación de esa función y sometimiento a los fines sociales»; en «Título III. Duración y Límites. Capítulo Segundo. Límites», (1997), p. 165. Ya con anterioridad F. BONDÍA nos recordaba que «la propiedad intelectual ha venido cumpliendo, prácticamente desde sus orígenes, este mismo papel que ahora se reclama para el derecho de propiedad en general, pues su regulación jurídica modalizada en sus caracteres formales por la peculiar naturaleza de su objeto, responde a los objetivos sociales, económicos y políticos predicados para este pilar fundamental del Derecho», *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), p. 102. También C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Artículo 31», (1997), p. 595; y J. F. ORTEGA, «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005), pp. 73 y 74; entre otros.

<sup>269</sup> *Vid. al respecto* la exposición de las principales corrientes doctrinales presentada por I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), pp. 91-96. También C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 45, nota 1 y bibliografía allí citada; o T. HOEREN, «Access right as a postmodern...», (2001), pp. 9 y ss. En nuestra doctrina J. M. DESANTES, *La información como derecho*, (1974), *vid. supra* nota 262 *in fine*.

de los *media*. De hecho, la *Historia Crítica de la Opinión Pública* de HABERMAS se centra en la prensa como instrumento indispensable en la generación de esta nueva ágora burguesa.

### E. La Esfera Pública, el Derecho de propiedad intelectual y la Sociedad de la Información

En definitiva, en sus orígenes y en la actualidad<sup>270</sup>, el Derecho de propiedad intelectual tiene como objetivo principal garantizar una creación prolífera y plural de bienes culturales<sup>271</sup>, a través de la autonomía política y económica de los autores<sup>272</sup>, y mantener una accesibilidad *suficiente* a los mismos, procurando así la autonomía política del público, y contribuyendo con ella al desarrollo democrático<sup>273</sup>. Huelga destacar que el acceso suficiente no implica

---

<sup>270</sup> Sobre la idoneidad y consecuencias, *in extenso*, de la aplicación del paradigma de la esfera pública al Derecho de propiedad intelectual, *vid.* S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 226-242. Entendemos con la autora que el paradigma expresado debe mantenerse como marco normativo de nuestra disciplina. En cuanto a su aplicabilidad, DUSOLLIER se centra en dos aspectos fundamentales. Por un lado pone de manifiesto la relevancia de la divulgación en el seno de la normativa del Derecho de propiedad intelectual, hecho por el que, además, la obra realiza su *publicidad* en el sentido más puramente kantiano. Por otro, desarrolla las bases fundamentales que regirán la relación entre la esfera pública y el Derecho de propiedad intelectual. Dado su interés reproducimos el párrafo que introduce este segundo bloque, animando al lector a que acuda a las páginas que lo desarrollan: «Cette épistémologie de la sphère public, qui gouverne, à notre avis, le droit d'auteur, se constitue autour de trois propositions de base. Le principe essentiel est que la sphère publique se distingue d'un marché : les échanges entre les auteurs et le public répondent à des règles distinctes de celles qui régissent d'autres types d'échanges de biens et services (A). En outre, pour contribuer à l'éclosion d'une sphère publique littéraire et culturelle, le droit d'auteur garantit l'autonomie de l'auteur et l'intégrité de son discours (B) tout en favorisant l'accès du public aux œuvres (C)»; *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 235.

<sup>271</sup> No en vano afirma F. BONDÍA que la propiedad intelectual es —entre otras cosas— «un instrumento para valorar la variedad y el pluralismo en una sociedad»; en *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), p. 22.

<sup>272</sup> La autonomía del autor se concibe frente al soberano y frente a la apropiación de la obra por terceros, ello sirve de justificación no sólo a la reserva económica, sino también a las prerrogativas morales: aún cuando la obra se destine al mercado subsiste un vínculo entre ésta y el autor. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 237.

<sup>273</sup> C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 11. También ha puesto de manifiesto la importancia del Derecho de propiedad intelectual en relación con la consecución de la democracia, N. W. NETANEL («Copyright and a Democratic...», (1996)) y F. BONDÍA (*Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988)).



gratuidad, sino prevención del bloqueo de la información. Limitar el acceso a las obras protegidas a través de precios prohibitivos puede, eso sí, considerarse como un atentado al corazón del Derecho de propiedad intelectual.

La relevancia del análisis citado se adecua, además, al papel que la información en general, y las obras protegidas en particular, cobra en la sociedad actual, denominada, por contraposición a otros momentos de la historia, Sociedad de la Información. Las posibilidades facilitadas primero por los medios de comunicación de masas tradicionales y actualmente por las redes telemáticas constituyen, desde luego, un gran avance para la esfera pública y el discurso democrático. Es más, las nuevas tecnologías diversifican y multiplican los públicos y generan sin cesar nuevos espacios creativos<sup>274</sup>. Constituyen, pues, una oportunidad para el desarrollo de la discursividad. Pero también pueden representar peligros relacionados con la calidad de la información y de los bienes creativos (y la consecuente pauperización del discurso)<sup>275</sup> y con su reparto (efectos devastadores en los países en vías de desarrollo)<sup>276</sup>. Nuestro discurso normativo de la propiedad intelectual puede contribuir a paliar la decadencia de la esfera pública, dominada por una poderosa industria comercial<sup>277</sup> de la cultura y la información que acusa un grado concentración horizontal y vertical considerable<sup>278</sup>.

---

<sup>274</sup> De hecho, como señala DUSOLLIER, «l'évolution de la société de l'information témoigne pour certains d'une renaissance de l'espace public ouvert à la discursivité par rapport aux médias de masse»; en *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 229.

<sup>275</sup> En esta línea la visión apocalíptica enunciada por HABERMAS en los últimos Capítulos de su obra *Historia y crítica de la opinión pública*, en los que describe el absoluto desplazamiento de la opinión pública crítica por la sociedad de consumo. Afortunadamente este derrotismo parece haber sido superada por el autor en sus últimas obras.

<sup>276</sup> *Vid. infra* Capítulo 2 apartado I.2.4.

<sup>277</sup> Cfr. N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996), p. 358: "Today's media conglomerates have attained an agenda-setting power that rivals that of state officials and, in the view of some commentators, undermines the democratic character of public discourse by skewing it towards those with the financial wherewithal to obtain access or buy advertised products".

También el Parlamento Europeo ha denunciado el desafío que "el auténtico desafío que plantea el grado creciente de concentración vertical de los medios de comunicación en lo tocante al acceso a las obras protegidas por derechos de autor y derechos afines, a la difusión de las mismas, así como a la gestión y explotación de esas obras". *Vid.*

## 2.2 El rol de la educación en la esfera pública: el carácter “necesario y relativo” de las limitaciones docentes

“La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”

Art. 22 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1973

«El acceso al saber constituye la garantía de la participación del ciudadano al proceso democrático. Únicamente asegurando la difusión de las obras en el seno del cuerpo social, notablemente a través de la difusión de la educación y la investigación, es posible formar ciudadanos “ilustrados”. Sin embargo es igualmente imperativo garantizar la creación de nuevos saberes, de ahí la necesidad de que los autores y sus financiadores puedan recibir una remuneración justa».<sup>279</sup>

En las páginas anteriores hemos insistido en la idea del público como destinatario natural de las obras protegidas<sup>280</sup>. Incluso LE CHAPELIER, al tiempo que afirmaba que «la más sagrada, la más personal de todas las propiedades, la más inatacable es la obra fruto del pensamiento de un

---

Considerando 45, Resolución del Parlamento Europeo sobre un marco comunitario relativo a las sociedades de gestión colectiva en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, de 15 de enero de 2004, 2002/2274(INI)/A5-0478/2003.

A. GANIVET ya en 1897, en su *Idearium español*, esgrime una fuerte crítica contra la atribución de la propiedad intelectual sobre las ideas cuyo efecto es, a juicio del pensador, convertirlas en artículos de comercio y reducir la calidad de las obras: «Así ocurre que hoy no se trabaja ya para remontarse a las grandes alturas, para crear obras maestras: los modernos obreros intelectuales se conforman con inventar un modelo que sea del agrado del público y multiplicarlo después en «series» de obras análogas y productivas; ni más ni menos que los industriales, que una vez acreditado un artículo se consagran a explotar el filón y producen a destajo para satisfacer las «exigencias de la demanda». Antes teníamos el dolor de ver a los genios morir de hambre, y ahora tenemos la alegría de ver gordos y colorados a muchos que no tienen nada de genios», p. 112. Nos hemos servido de la edición publicada por Biblioteca Nueva, Madrid: 1996.

<sup>278</sup> N. W. NETANEL, « Copyright and ‘Market Power’ ... », (2005), pp. 153 y ss.

<sup>279</sup> C. GEIGER, *Droit d’auteur et droit du public...*, (2004), p. 11. La traducción es nuestra.

<sup>280</sup> También S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur et protection...*, (2005), p. 238.

escritor», reconocía que «una obra publicada es por su naturaleza una obra pública»<sup>281</sup>. Pero esta función tanto de la obra como de la propiedad intelectual tiene en su contexto histórico original un objetivo muy bien delimitado: en términos kantianos, el uso público de la razón que nos llevará a la ilustración, a la instrucción pública<sup>282</sup>. La fe de los ilustrados en la educación como instrumento transformador de la sociedad es innegable<sup>283</sup>. A los autores se les atribuiría en este contexto una misión educativa: iluminar a los ciudadanos<sup>284</sup>.

GINSBURG, en un artículo ciertamente revelador, concluye que ya en sus orígenes «los dos sistemas [el *Copyright* estadounidense y el *Droit d'Auteur* francés]—protegían ante todo las obras útiles para el progreso de la instrucción pública»; concretamente, refiriéndose, a la leyes francesas entiende que «sin negar la presencia [...] de una fuerte corriente favorable a los derechos de los autores, [...] los legisladores revolucionarios resolvieron el problema de la tensión pública/privada considerando *el Derecho de propiedad intelectual principalmente como una ayuda al progreso de instrucción pública*»<sup>285</sup>. En las primeras leyes estadounidenses en la materia, el *lobby* para los derechos de autor abrazó la causa, precisamente, de quienes representaban a los autores

<sup>281</sup> Cit. en J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), p. 158.

<sup>282</sup> J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), p. 176; T. DREIER, «Balancing Proprietary and Public Domain...», (2001), p. 300; C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 76.

<sup>283</sup> Vid. Estudio Preliminar de E. GUERRERO, en Ministerio de Educación, *Historia de la Educación en España, Tomo I Del Despotismo Ilustrado a las Cortes de Cádiz*, (1979), pp. 9-38; también J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza*, (2003), en especial Capítulo 1: La ilustración: el Siglo de la Educación, Id. vLex: VLEX-WH330.

De uno de nuestros más ilustres pensadores, G. M. JOVELLANOS, leánse las «Memorias Pedagógicas. Plan para arreglar los estudios de las universidades» en las que se afirma: «es una verdad generalmente reconocida que esta instrucción [la pública] es la medida común de la prosperidad de las naciones, y que así son ellas de poderosas o débiles, felices o ilustradas, según que son ilustradas o ignorantes». O la «Memoria sobre Educación pública», «¿Es la instrucción pública el primer origen de la prosperidad? Sin duda. [...] Las fuentes de la prosperidad social son muchas; pero todas nacen de un mismo origen, y este origen es la instrucción pública. Ella es la que las descubrió, y a ella *todas están subordinadas*». Ambas reproducidas en Ministerio de Educación, *Historia de la Educación en España, Tomo I Del Despotismo Ilustrado a las Cortes de Cádiz*, (1979); citas tomadas de las pp. 150-151 y 218 respectivamente. La cursiva es nuestra.

<sup>284</sup> C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 74.

<sup>285</sup> El énfasis es nuestro. J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), p. 176.

de libros de textos o de obras de especial utilidad para la educación<sup>286</sup>, obras sobre las que, además, se presentaría el mayor porcentaje de requerimientos de depósito y reivindicaciones de derechos<sup>287</sup>. En cuanto a Francia, la legislación estaría destinada a proteger aquellas obras en las que los revolucionarios identificarían un elevado potencial didáctico, y que, para la filosofía de la época, constituían no sólo los escritos sino también algunas de las de bellas artes, especialmente las dramáticas<sup>288</sup>. Sobre ellas y sobre las obras de instrucción y formación versarían asimismo la mayor parte de los pleitos. Uno de los principales argumentos sostenidos por los abogados de la época para la defensa de los derechos de los autores era, precisamente, el valor que las obras tenían para la educación del pueblo<sup>289</sup>. Y es que la instrucción pública será verdaderamente la clave fundamental para comprender en su integridad el movimiento de la Ilustración, la evolución de la sociedad burguesa<sup>290</sup>, que daría lugar, además, a la aparición de la Educación y la Enseñanza como verdaderas funciones del estado<sup>291</sup>. La relación entre la Ilustración, el Derecho de propiedad intelectual y la Instrucción es, por tanto, innegable<sup>292</sup>. No es coincidencia que en Francia la elaboración de

---

<sup>286</sup> J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), pp. 142-145

<sup>287</sup> J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), pp. 148 y ss.

<sup>288</sup> J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), p. 178.

<sup>289</sup> J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), pp. 178 y ss.

<sup>290</sup> De hecho, se ha calificado al aparato escolar como la institución ideológica dominante del Estado burgués, por contraposición a la Iglesia, que lo sería de la sociedad feudal. *Vid.* J.L. PESET, S. GAMA y J. S. PÉREZ GARZÓN, *Ciencias y enseñanza en la revolución burguesa* (1978), pp. 1 y 6.

<sup>291</sup> En nuestro país, el papel de la Educación y de la enseñanza como institución central de los siglos XVIII y XIX sería el objeto de los escritos de no pocos filósofos y pedagogos: Campomanes, Jovellanos, Quintana, e, incluso con anterioridad, Feijoo. *Vid.* Estudio Preliminar de E. GUERRERO, en Ministerio de Educación, *Historia de la Educación en España, Tomo I Del Despotismo Ilustrado a las Cortes de Cádiz*, (1979).

<sup>292</sup> El cambio de postura de Condorcet en relación con el reconocimiento del derecho de propiedad de los autores no se comprende sino por la relación entre regulación de la propiedad intelectual y educación. El autor fue un firme opositor a los privilegios y a los derechos de autor, cuyo efecto era la concentración del poder sobre los libros y el empobrecimiento del debate público. Sólo cuando abolidos los privilegios se percata de que la ausencia del régimen de propiedad afecta de manera negativa a la publicación de libros, apoyaría la reivindicación de un sistema que estimulara la producción de libros, a saber: el de la propiedad. *Vid.* J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), pp. 174-175. La autora se remite al estudio realizado por C. HESSE en el que se afirma que «Condorcet colaboró con el abate Sieyès sobre el proyecto de una nueva ley relativa a la prensa (que no

la Ley sobre el Derecho de autor pasara de ser competencia del Comité de Constitución y del de Agricultura y Comercio al Comité de Instrucción Pública<sup>293</sup>. Nuestra Constitución de Cádiz<sup>294</sup>—precedente inmediato del Decreto de 10 de junio de 1813 que reconoce por vez primera la propiedad de los autores sobre sus escritos— contempla la libertad de escribir, imprimir y publicar sin necesidad de licencia (art. 371) —constatando la abolición de privilegios de impresión— en su título IX, rubricado “De la Instrucción Pública”.

En España, como en otros países del entorno, al reconocimiento del derecho de propiedad, le precedieron normas en las que los privilegios se concedían igualmente a los autores<sup>295</sup>. Como observa B. RIBERA, «la aprobación de estas normas coincide con una etapa de esplendor cultural en la que se impulsa la creación de escuelas y bibliotecas y la edición de libros, sobre todo de texto». Las normas de este período, tras declarar en 1762 la libertad abolición de la tasa de libros y establecer la libre fijación de precios<sup>296</sup>, disponen que aquellas obras de uso indispensable para la educación quedarán sujetas a la tasa impuesta por el Consejo, dados los perjuicios que la abolición de la misma podrían suponer para el público.

---

fue votada), cuyos artículos XIV-XXI enunciaban que “el progreso de las luces, y por consiguiente de la utilidad pública, se unen a las ideas de la justa distributiva para exigir que la propiedad de una obra sea garantizada al autor por la ley”. No olvidemos que Condorcet fue, además, el gran propulsor de la reforma de la educación en la Francia revolucionaria.

Véanse igualmente de F. CABARRÚS las *Cartas de Cabarrús a Jovellanos*, especialmente la «Carta Segunda sobre los obstáculos de opinión y el medio de removerlos con la circulación de luces y un sistema general de educación», en la que entona un cántico a favor de la libre comunicación de las ideas —y por tanto de la libertad de imprenta tan relacionada con los orígenes de nuestra disciplina— al tiempo que pone de manifiesto sus críticas sobre el sistema educativo y las necesidades perentorias de enseñanza que tiene el pueblo español. Reproducidas en Ministerio de Educación, *Historia de la Educación en España, Tomo I Del Despotismo Ilustrado a las Cortes de Cádiz*, (1979), pp. 325-346.

<sup>293</sup> J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights...», (1991), p. 162.

<sup>294</sup> Sobre la significación que supuso la regulación de la educación en La Pepa, véase J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza*, (2001), Capítulo 2. Apdo. 1: Breve bosquejo de la historia constitucional: Los hitos más relevantes, Id. vLex: VLEX-WH330.

<sup>295</sup> Por vez primera en el Decreto de 10 de junio de 1813.

<sup>296</sup> B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción...*, (2002), p. 44

La preocupación por la educación, además de en garantizar la protección de obras útiles para la ilustración del público, se traduciría igualmente en la aprobación de las limitaciones a los derechos. En Alemania, una de las primeras leyes de autor, la ley de Prusia de 11 de junio de 1837, ya reconocía una limitación relativa a la reproducción de obras protegidas en las antologías con destino escolar<sup>297</sup>, cuyo fin último es facilitar la preparación de obras o materiales con fines educativos. De ahí que no resulte extraño a nuestra disciplina el reconocimiento de algunas limitaciones educativas o docentes.

Esta relación *objetivo último del Derecho de propiedad intelectual-Uso público de la razón-Educación* sigue vigente en nuestros días. El Derecho de propiedad intelectual protege la creación de los bienes culturales que son el objeto, y el instrumento, de la educación, pero al mismo tiempo ha de facilitar su disfrute a esos miembros cualificados del público que son los que imparten o a los que va dirigida la instrucción. Las limitaciones docentes ponen de relevancia la importancia que las obras y su utilización tienen para la formación de los ciudadanos, para el desarrollo de la democracia. Qué duda cabe que las instituciones de enseñanza se erigen en uno de los foros en los que —por seguir utilizando la terminología ilustrada— se instruirá al público, en los que se le proporcionarán los conocimientos necesarios para hacer de él un sujeto activo de la esfera pública de discusión.

### *2.3 Las limitaciones a la luz del paradigma de la esfera pública. Especial referencia a las limitaciones con fines educativos*

#### A. Justificación de las limitaciones = justificación del Derecho de propiedad intelectual

De acuerdo con lo dicho, y no sólo en relación con las docentes, ha de sostenerse que la justificación última de las limitaciones a los derechos de autor coincide con la justificación del reconocimiento y regulación de la propiedad intelectual y con su objetivo prioritario alimentar la esfera de pública discusión<sup>298</sup>. Éste es pues el punto de partida que, como

---

<sup>297</sup> C. GEIGER, «Les exceptions au droit d'auteur...», (2002), p. 30, nota. 10.

<sup>298</sup> En el mismo sentido y en particular sobre las limitaciones docentes, *vid.* S. CHATRY, *L'exception pédagogique au droit...*, (2007), p. 13 y pp. 21-27.

hemos visto, justifica el reconocimiento de los derechos patrimoniales y personales de los autores y sus límites<sup>299</sup>. Asegurar, como nos recuerda T. DREIER, que, una vez que una obra es creada y protegida, entra en el discurso público, donde puede ser disfrutada, plenamente examinada, discutida y utilizada como base para la creación de nuevas obras<sup>300</sup>.

## B. Categorías de limitaciones de acuerdo con el paradigma de la esfera pública

S. DUSOLLIER a partir del paradigma de la esfera pública distingue entre las limitaciones cuyo fin es garantizar el acceso del público a las obras y las que persiguen favorecer la discursividad. Sin perjuicio de los objetivos señalados, ha de destacarse que existen también limitaciones que pretenden garantizar la autonomía de los autores: es decir, facilitar el acceso de los autores, no ya del público, a la esfera pública. En el apartado primero de este Capítulo introducíamos esta idea, apuntada además por A. DELGADO al tratar las limitaciones a los derechos de explotación que él denomina impropias —aquellas que ciñen sus efectos al campo de las relaciones entre autores y empresarios utilizadores, entre las que destaca las presunciones de cesión—<sup>301</sup>.

Las limitaciones entrarán en escena cuando los tres objetivos no vengan asegurados por el juego de derechos privados y sus límites ontológicos. El acceso de los autores al mercado, el del público a las obras y el

---

<sup>299</sup> El paradigma democrático es pues la directriz que marca las necesidades en abstracto a las que sirve el Derecho positivo, cuyas disposiciones reaccionarán cuando factores externos o internos al Derecho de propiedad intelectual debiliten o perjudiquen la posición del autor, del público o del desarrollo de la discursividad, o cuando, por las razones que fueren, éstas debieran ser reforzadas. En definitiva las limitaciones a la propiedad intelectual tienen como objetivo realizar el potencial de la dimensión económica y social de la obra.

<sup>300</sup> También T. DREIER asimila la justificación de las limitaciones a la de los derechos de los autores: «It is certainly true that the interests taken into consideration when it comes to balancing are in general in opposition to the idea of exclusive rights. However, they are more or less linked to the logic of recognizing rights in that in most cases, the goals are to create new works and disseminate them to the public»; «Balancing Proprietary and Public Domain...», (2001), p. 308.

<sup>301</sup> En *Panorámica de la Protección...*, (1988), pp. 39 y ss. *Vid. supra* nota 37.

fomento de la discursividad constituyen, pues, el fundamento de las limitaciones a la propiedad intelectual<sup>302</sup>.

*b1 Limitaciones que favorecen el acceso de los autores a la esfera pública*

En las normas sobre propiedad intelectual encontraremos, como acabamos de señalar, ejemplos de limitaciones que refuerzan la posición del autor en el mercado o su acceso a la esfera pública. A saber: formas de gestión colectiva o determinadas licencias no voluntarias cuya finalidad es el ejercicio de los derechos económicos de los autores<sup>303</sup>.

*b2 Limitaciones que favorecen el acceso del público a la esfera pública*

Otras limitaciones tendrán como objetivo favorecer el acceso a la obra por el público, promoviendo la difusión de las obras entre el público en general —así las previstas a favor de las bibliotecas— o entre colectivos con especiales necesidades —p. ej., las limitaciones a favor de los discapacitados o las licencias no voluntarias contempladas en el Anexo de Berna para los países en vías de desarrollo—.

*b3 Limitaciones que favorecen la discursividad*

A la discursividad en el seno de la sociedad contribuye, por supuesto, la incorporación (acceso) de obras protegidas a la esfera pública, pero también otras actividades que pueden ejercerse o no en relación con

---

<sup>302</sup> Tal vez la limitación que presente más dificultades para ser justificada a la luz del paradigma democrático es la de la copia privada. S. DUSOLLIER la analiza a partir del marco más general de las utilidades privadas, que justifica al entender que quedan por naturaleza excluidas de la regulación del Derecho de propiedad intelectual que tiene por objetivo regular la difusión de las obras dentro de la esfera pública; «y —añade la autora— la copia privada puede, en ciertos casos, ser admitida en tanto no se efectúe un acto de difusión de la obra»; en S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 466. M. SENFTLEBEN sugiere que la copia privada es un instrumento que fortalece la autonomía del individuo, que facilita su participación en la vida intelectual de la sociedad y que reduce el desafío de la brecha digital; en *Copyright Limitations and the Three...*, (2004), p. 31). También N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996), ha destacado la relevancia de los usos personales para el desarrollo del discurso ciudadano y el debate público.

<sup>303</sup> A este mismo razonamiento responderían las disposiciones relativas al derecho contractual del autor, imponiendo normas imperativas que limitan la transmisibilidad de los derechos, para proteger al autor de prácticas perjudiciales de la industria.



obras protegidas: la difusión de información a través de los medios de comunicación, la crítica o la educación. Al igual que en el caso anterior, el legislador puede prever limitaciones si el ejercicio de los derechos exclusivos del autor merma el potencial de la discursividad. Entre éstas el derecho de cita, la parodia y, particularmente, las limitaciones educativas.

Habrán limitaciones que compartan en mayor o menor medida los objetivos de acceso y el de la discursividad, así las referidas a los medios de comunicación. Pensemos, por ejemplo, en los regímenes de gestión colectiva relativos a las entidades de radiodifusión. Éstos mejoran, en principio, la explotación de la obra —el acceso de los autores al mercado y a la obra por el público— al tiempo que contribuyen a fomentar, y supuestamente a mejorar, la discursividad en el seno del espacio público crítico. Otro ejemplo en el que se confunden el acceso a la esfera pública y el favorecimiento de la discursividad son las limitaciones a favor de otros autores, en cierto modo las previstas con fines de parodia o de crítica y, si tuvieran éxito, las propuestas nada descabelladas de cierto sector de la doctrina relativas a los usos transformativos, de enorme potencialidad gracias a los nuevos recursos tecnológicos<sup>304</sup>.

#### *b4 Las limitaciones educativas*

La discursividad es el fundamento que comparten todas las limitaciones educativas y, en particular, las docentes. Dependiendo de la técnica de restricción adoptada —especialmente cuando se acuerde a favor del autor una remuneración que difícilmente podría haber obtenido sin la existencia de las limitaciones—, las limitaciones docentes podrán contribuir a garantizar el acceso suficiente del autor y especialmente del público a la esfera pública, al tiempo que contribuyen a mejorar, considerablemente, la discursividad. Las licencias no voluntarias contempladas en el Anexo al Convenio de Berna para facilitar la traducción y reproducción de obras protegidas con fines educativos en los países de desarrollo son un ejemplo ilustrativo de esta triple misión.

---

<sup>304</sup> L. LESSIG, *Free Culture*, (2003), pp. 100 y ss.; y C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), pp. 324-325.

### C. El carácter relativo de las limitaciones

Una de las conclusiones a las que llegamos tras la aplicación del paradigma de la esfera pública al Derecho de propiedad intelectual es el carácter relativo de las limitaciones. Éstas resultarán justificadas si, y sólo si, existe una barrera que dificulte o no permita desarrollar la potencialidad del acceso a las obras o de la discursividad. Es decir, sólo en los casos en los que el acceso del autor a la esfera pública o del público no queda suficientemente garantizado o en los que el discurso se ve seriamente perjudicado por las facultades otorgadas al autor. En este sentido, y en contra de lo afirmado por SPOOR, la justificación precede a la limitación<sup>305</sup>. Aquella permanece de manera manifiesta, aunque puede no resultar necesario introducir una limitación al quedar garantizado el objetivo al que responde la misma por el estado del arte, prefigurado por una situación fáctica de tolerancia social —que también puede observarse desde la perspectiva del uso inocuo— o por una solución óptima generada en el mercado. La limitación permanece “latente” en la regulación del Derecho de la propiedad intelectual y aflorará cuando el acceso o la discursividad se vean perjudicados.

Pese a lo dicho, suelen identificarse limitaciones que *a priori* quedan fuera del alcance de los derechos de los autores: aquellas cuya relevancia es esencial para la configuración de la esfera pública de discusión. En estos casos la justificación de la propiedad intelectual realiza un juicio absoluto entre la dimensión económica y la dimensión social de la propiedad intelectual: la única forma de garantizar la dimensión social de ciertas utilidades es abortar su dimensión económica. No hay lugar para el ejercicio de los derechos patrimoniales. Esta valoración es estrictamente política: no importa que el mercado pueda garantizar o no el uso —p. ej. someta la parodia a precios ridículos—. Cualquier formalidad, por pequeña que sea, puede detraer a los usuarios de realizar un uso de la obra que a la luz de la esfera pública se considera precioso. La parodia es el caso más exagerado<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> J. H. SPOOR, « General aspects of exceptions and limitations:... », (1999), p. 33.

<sup>306</sup> No obstante, varios autores han defendido la pertinencia de que el parodiado participe, aún *a posteriori*, en los beneficios económicos derivados de la parodia. En nuestra doctrina, S. DÍAZ ALABART, «Artículo 39», (1994), pp. 679-681, que, además, entiende que el art. 39 de

Ésta y la cita constituyen supuestos de utilización fácilmente identificables y con una extensión más o menos concreta —a diferencia de las utilidades docentes—. Coinciden con los leones del zoo de HUGENHOLTZ<sup>307</sup>.

Al reflexionar sobre las limitaciones y sobre las utilidades docentes pueden identificarse dentro de las mismas usos que *a priori* comparten la misma lógica que la cita o la parodia —es decir que no han de quedar sujetos a la más mínima formalidad que detraiga al público de su realización: ¿escribir un poema en una pizarra?—y usos que no. Puede resultar necesario realizar un esfuerzo de “deconstrucción”. Habrá utilidades que parecen abocadas a formar parte de una excepción, otras que están llamadas a irrumpir en el mercado mediante un régimen más o menos complejo de licencia no voluntaria, o utilidades que, incluso pese a fomentar la discursividad, pueden llegar a causar un perjuicio tal al autor que bien se les debiera aplicar el régimen menos intenso de restricción, bien debieran mantenerse sometidas al régimen general. Estos últimos supuestos dependerán de cómo los usos se integren en el mercado: ha de definirse en cada caso concreto si aquel es capaz de proveer las utilidades docentes a un valor que el legislador considere asumible para un tipo concreto de sociedad. En este punto nos remitimos a la teoría relacionada con el análisis económico de la propiedad intelectual y los fallos del mercado (*vid.* apartado siguiente). Las limitaciones dependerán asimismo de las necesidades de los destinatarios. De ahí que se comprenda la extensión de las licencias contempladas en el Anexo a Berna o la preocupación

---

nuestra LPI no excluye necesariamente esta posibilidad. La autora propone «la fijación legal de un porcentaje *no muy elevado*, que no desanimara a los creadores de parodias y a la vez supusiera una ventaja para los autores»; (énfasis añadido).

<sup>307</sup> El autor, refiriéndose a la adaptación de las limitaciones tradicionales al entorno digital, utiliza la metáfora de un zoo y los animales que en él conviven. Algunas de ellos, los leones, pese a que pueden morder son indispensables —se refiere a las limitaciones relacionadas con la protección de los derechos fundamentales: entre ellas la cita y la parodia—; otros, los monos, —limitaciones relativas a intereses públicos como la educación— deberán existir pero controlados si no queremos que se hagan los dueños zoo; finalmente están los dinosaurios, especie a extinguir —que identifica con las limitaciones referidas a los fallos del mercado—. B. HUGENHOLTZ, «Fierce creatures...», (1997), pp. 11-14.

sobre las dificultades de acceso a la información en los países de desarrollo. Incidiremos en ellas en el Capítulo 2, apartado I.2.

Las limitaciones, como los derechos, no son, pues, estáticas. Se pueden adaptar al carácter dinámico de la sociedad y sus estructuras. Esta relatividad facilita el análisis de la conveniencia de las limitaciones existentes y, si cabe, de las limitaciones futuras, y puede servir tanto para corregir los excesos en los que incurrido el Derecho de propiedad intelectual<sup>308</sup>, como para adaptarlo a la evolución de la tecnología y el desarrollo económico. Para aminorar las amenazas con las que la técnica atemoriza a los autores y explotadores de las obras, como, a la inversa, para frenar las tentaciones tecnológicas que pudieran perjudicar al público. La nueva Sociedad de la Información ha implicado también un cambio sociológico creando un nuevo espacio creativo y de discursividad que puede generar la necesidad de determinar nuevas limitaciones<sup>309</sup>. Las posibilidades de interacción entre alumnos y enseñantes (y de los alumnos entre ellos) que pueden darse en la enseñanza en línea constituyen un buen ejemplo. ¡Una pena que el legislador español, en una visión decimonónica de la educación, haya limitado la excepción de la ilustración con fines de enseñanza al profesorado de educación reglada!<sup>310</sup>

### *3 La dimensión económica del Derecho de propiedad intelectual: el modelo de restricción en relación con el funcionamiento del mercado*

#### *3.1 La evolución de la normativa del Derecho de propiedad intelectual: expansión del ámbito privado e intensa regulación del mercado*

En el apartado anterior insistíamos en que tanto a la consagración de la propiedad intelectual como a la generación de la esfera pública literaria, contribuyó la generación de un mercado incipiente de la producción literaria, lo cual pone de relevancia la dimensión económica de la obra creativa. A su vez, el reconocimiento de los derechos de propiedad a

---

<sup>308</sup> C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 412; N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996).

<sup>309</sup> En sentido similar C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), pp. 324-326.

<sup>310</sup> *Vid. infra* Capítulo 3, apartado II.2.2.

favor de los autores<sup>311</sup> favorecerá el despliegue del mercado de la cultura, que además se convierte en sí mismo en un objetivo, cada vez más importante, del Derecho de propiedad intelectual. A medida que éste mercado ha ido evolucionando, aumentando su complejidad —diversidad de industrias involucradas— y dimensión —provocada por el desarrollo tecnológico y la relevancia del ocio y de la información en nuestra sociedad—, ha ido acaparando la atención del legislador, preocupado por contribuir a su desarrollo. Ello ha determinado la evolución del modelo normativo de la propiedad intelectual en varios aspectos, algunos de los cuales afectan directamente a nuestro ámbito de estudio. En primer lugar ha transformado la fisonomía del Derecho de propiedad intelectual que pasa de ser un derecho principalmente de los creadores (y del público) a un derecho de los inversores<sup>312</sup> —«derecho de autor sin autores»<sup>313</sup>—. El protagonismo de la producción y la comercialización de la obra ha palidecido el de la creación y su disfrute. Con carácter concomitante se ha producido una expansión imparable del ámbito privado<sup>314</sup> de la regulación de la

---

<sup>311</sup> A la lucha por la atribución de los derechos de propiedad entre autores e impresores-libreros se le ha denominado el *combate del Derecho de autor*; (de ahí el título de la antología de J. BAETENS Y A. BERENBOOM, *Le combat du droit d'auteur*, (2001)). Los editores —impresores libreros— mantuvieron una doble estrategia, ya que, si bien reclamaban las prerrogativas que consideraban merecidas por derecho propio, se convirtieron en voceros de los derechos de los autores cuando vieron que tenían perdida la batalla. En última instancia, el reconocimiento de la propiedad intelectual a favor de estos últimos también les beneficiaría. La instrumentalización de la teoría de la propiedad de Locke como reivindicación de un derecho natural inclinaba la balanza a favor de los autores. A su vez resulta determinante el concepto cultural o filosófico de autor forjado a partir del s. XVII. Éste, exaltado por el romanticismo, está íntimamente relacionado con la reivindicación ya en el s. XIX de los derechos morales. Véase D. BECOURT, «La révolution française et...», (1990), p. 240 y ss.

<sup>312</sup> Vid. D. BECOURT, «La révolution française et...», (1990), p. 260-278.

<sup>313</sup> A. BERENBOOM, «Une nouvelle loi sur le droit d'auteur», *Journal des tribunaux*, 1989, citado en S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 230.

<sup>314</sup> Traducida en la creación de los derechos afines, la derogación del sistema de registro, la expansión de los plazos de protección, la disminución del requisito de la originalidad para ciertas creaciones, etc. Véase B. HUGENHOLTZ, «Fierce creatures...», (1997), p. 7. O. N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996), pp 292-306, que incide en la expansión relativa a la ampliación del plazo de protección y la incorporación a las prerrogativas de los autores de los usos personales y los usos transformativos. La expansión de los derechos de autor ha sido fuertemente criticada —entre otros, C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), p. 46— llegando incluso a afectar de manera negativa a los derechos de los

propiedad, acelerada durante los últimos treinta años. Además se ha intensificado notablemente la regulación del mercado<sup>315</sup>. Si en sus inicios la regulación de la dimensión económica de la propiedad intelectual y, con ella, las transacciones sobre los derechos otorgados, respondía a una filosofía liberal, en la que el mercado actuaría libremente a partir de los derechos privados asignados a los autores, con el paso de los años la regulación de la propiedad intelectual interviene en el mercado en aras a facilitar las transacciones que éste no acierta a efectuar o a corregir los desequilibrios de poder en la negociación de los contratos, aliviando así los costes de transacción.

### 3.2 Aproximación al análisis económico del Derecho

#### A. Introducción

Puede decirse, por tanto, que el mercado de la cultura, es decir, la dimensión económica de la obra protegida, ha marcado la agenda para la reforma del Derecho de propiedad intelectual. La descripción del funcionamiento de este mercado y su relación con el Derecho han sido concienzudamente abordadas por la doctrina del análisis económico de la propiedad intelectual que, si bien ha nacido y se ha desarrollado en el ámbito del *common law*<sup>316</sup>, ha tenido cierta influencia en los países de tradición civilista<sup>317</sup> y, especialmente, en el legislador comunitario<sup>318</sup>. El análisis económico del Derecho, pese a ser una disciplina muy tentadora para justificar y describir las instituciones jurídicas, no ha

---

autores. Se ha cuestionado que esta expansión del ámbito privativo de la propiedad intelectual favorezca necesariamente a los autores o estimule la creación de más y mejores obras. *Vid. infra* apartado III.3.2.D.

<sup>315</sup> A través de la introducción de licencias no voluntarias, la gestión colectiva obligatoria y la regulación de las entidades de gestión y de organismos públicos con diversas funciones. Cfr., aunque limitado al ámbito estadounidense, el interesante artículo de J. LIU, «Regulatory Copyright», (2004), en el que analiza los efectos de la regulación del mercado en las sucesivas reformas de la *Copyright Act*. Véase igualmente W. LANDES Y R. POSNER, *La estructura económica del Derecho...*, (2006), pp. 523-543.

<sup>316</sup> Sobre los orígenes del análisis económico de la propiedad intelectual y su imparable desarrollo a lo largo del último siglo, véase W. LANDES Y R. POSNER, *La estructura económica del Derecho...*, (2006), pp. 8 y ss., y bibliografía allí citada.

<sup>317</sup> En nuestra doctrina: F. GÓMEZ POMAR «La función de la propiedad intelectual...», (1993).

<sup>318</sup> I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 67 y nota 61; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 271 y nota 259.

llegado, sin embargo, a elaborar una teoría que aborde toda la complejidad de la propiedad intelectual, sin que ello, no obstante, le reste un ápice de interés<sup>319</sup>.

Dentro del análisis económico del *copyright* se identifican diferentes corrientes<sup>320</sup>, que si bien coinciden en el principio organizador de su discurso: alcanzar la maximización de la riqueza y la eficiencia en la distribución de recursos<sup>321</sup>, discrepan en los mecanismos para instrumentalizarlo y particularmente en el papel que ha de jugar el Derecho<sup>322</sup>. La aproximación al *copyright* realizada por la corriente más influyente de la Escuela de Chicago ofrece una descripción del funcionamiento del mercado de los bienes culturales y de las medidas legislativas adoptadas al respecto que nos resultará de gran utilidad a la hora de abordar el estudio de los usos educativos y de las opciones de política legislativa. De ahí que consideremos pertinente realizar una breve referencia a los presupuestos básicos de esta doctrina, cuya influencia en la regulación de la propiedad intelectual —y en la expansión de la esfera privativa— es innegable<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> Léase el Prólogo de F. GÓMEZ POMAR a la edición española de W. LANDES Y R. POSNER, *La estructura económica del Derecho...*, (2006), p. III: «No hay una lógica [económica] subyacente que comprende todo el Derecho de la propiedad intelectual e industrial. Un gran número de factores estructurales e institucionales, influencias históricas, percepciones públicas e intereses de grupos de presión han configurado el Derecho de la propiedad intelectual e industrial tal como lo conocemos hoy en Europa, en los Estados Unidos y en otros lugares. El análisis económico no puede explicar todo el Derecho de la propiedad intelectual e industrial, y no sólo por la complejidad y el detalle técnico de este segmento del Derecho privado».

<sup>320</sup> N. ELKIN-KOREN y E. SALBZBERGER describen y analizan las bases de las tres generaciones del análisis económico del Derecho —la generación de la Escuela de Chicago, también conocida como la doctrina neoclásica (*Chicago School Economic Analysis of Law*), la del Análisis Económico de los Costes de transacción (*Transaction Costs Analysis*), y la Escuela Neo-Institucional (*Neo-Institutional Law Economic Analysis of Law and Legal Institutions*)— en su libro *Law, Economics and Cyberspace*, (2004), pp. 7 y ss. N. W. NETANEL distingue dentro del análisis económico del derecho, por un lado, a la doctrina neoclásica y los neo-institucionalistas y, por otro, a la que él denomina “*economic incentive approach*” En «Copyright and a Democratic...», (1996), pp. 308 y ss.

<sup>321</sup> N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996), p. 308.

<sup>322</sup> N. ELKIN-KOREN y E. SALBZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, (2004), pp. 8-9.

<sup>323</sup> Las teorías neoclásicas han influido considerablemente en el NII en el “White Paper” de la Administración Clinton (*Intellectual Property and the National Information*

Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (1995), preparado por el Grupo sobre Derechos de la Propiedad Intelectual de la Information Infrastructure Task Force); cfr. N. NETANEL, « Copyright and a Democratic...», (1996), p. 308 y p. 372; J. COHEN, «Lochner in cyberspace:...», (1998), p. 4; I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), pp. 66-68.

También los tribunales han aplicado, al menos de manera implícita, los teoremas de la Escuela de Chicago. En tres casos muy relacionados con nuestro ámbito de estudio —*Kinko's (Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp., United States District Court for the Southern District of New York*, de 28/03/1991); *Texaco (American Geophysical Union V. Texaco, United States Court of Appeals, Second Circuit*, 17/06/1995) y *MDS (Princeton University Press V. Michigan Document Services, Inc., United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*, de 12/02/1996)— se falló en contra del *fair use* al estimar, entre otros motivos, que los usos realizados por los demandados entraban en conflicto con el mercado potencial de la obra. En los tres casos se juzgaba la legalidad de las fotocopias realizadas por los demandados. *Kinko's* y *MDS* fotocopiaban *coursepacks* preparados por los profesores para los estudiantes. En *Texaco*, se trataba de fotocopias realizadas por los investigadores de la organización de artículos científicos de revistas a las que aquella estaba suscrita. Especialmente relevante es el último de los casos citados. Por entonces los editores, no todos (lo cual motivó el elocuente voto disidente del Juez Jacobs) estaban empezando a desarrollar un sistema de licencias o estaban adheridos al gestionado por el *Copyright Clearance Center*. Las fotocopias realizadas suponían, por tanto, una reducción de los ingresos que algunas editoriales obtenían, o podrían obtener, por las licencias de copia, por lo que se estimó que el uso afectaba al desarrollo de este mercado. Tal argumentación entraña un argumento circular: basta que un editor ponga en marcha el mecanismo de licencias para que se confirme el daño en el mercado, sin valorar las externalidades originadas por el uso. Así lo señaló el Juez Jacobs, al entender que el valor de una sentencia que estime un mercado naciente con las características concretas del que se debatía (a saber: pocas revistas estaban cubiertas por un sistema de licencias, no todas las revistas eran gestionadas por el *Copyright Clearance Center* y, en todo caso, el sistema establecido era altamente insatisfactorio), estimulaba el fin del *fair use*, hecho que, en ningún caso, favorece el desarrollo de las Ciencias y las Artes. La tendencia apuntada en los asuntos referidos implica el reconocimiento de una apropiación máxima del poder de los autores: todo lo que potencialmente puede ser licenciado queda al margen del *fair use*. Algo que ya se había anunciado, respecto a la gestión electrónica de licencias, en el White Paper. Vid. L. PALLAS, «Redefining the market failure...», (1997).

El legislador continental tampoco ha sido ajeno a los presupuestos de la escuela neoclásica, S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 271. Sin embargo la adopción de esta aproximación al Derecho de propiedad intelectual no ha cuajado, todavía, ni en la jurisprudencia —cuyos fallos apenas mencionan los requetecitados (incluso por los autores europeos) *fallos del mercado o costes de transacción*— ni, de manera frontal, en la doctrina —que no obstante se sirve de la racionalidad económica para justificar algunas de las disposiciones que conforman el Derecho de propiedad intelectual—. No obstante, con el advenimiento de las nuevas tecnologías —y la celebrada eficiencia de las medidas tecnológicas de protección— el análisis económico del derecho va cobrando más y más adeptos en Europa.



## B. El análisis económico del Derecho de propiedad intelectual

El análisis económico del *copyright* parte de la identificación de las creaciones intelectuales como bienes públicos, en el sentido económico del término. Éstos se caracterizan por la ausencia de rivalidad —el uso de los recursos por un usuario no limita la capacidad de otros de hacer uso de los mismos recursos— y exclusividad —no es posible (o es demasiado costoso) excluir a los *free-riders* (aquellos que pretenden beneficiarse del bien sin pagar por ello) de su disfrute—<sup>324</sup>. Precisamente esta ausencia de exclusividad se constituye en un obstáculo para garantizar un nivel óptimo de producción: se carece de incentivos suficientes para crear en tanto no resulta factible la recuperación de la inversión<sup>325</sup>. Un nivel insuficiente de producción impide a su vez la consecución del interés público del acceso a la obra, frustrándose, por tanto, el objetivo del máximo bienestar social. La apropiación de los derechos de explotación —concesión de derechos exclusivos, transferibles y jurídicamente exigibles— se perfila como el mecanismo idóneo —incentivo— para garantizar un nivel adecuado de producción que contribuya al mandato de la Constitución americana: “*el progreso de las ciencias y las artes*”. Garantizados los derechos de propiedad<sup>326</sup>, aún limitados, se posibilita el mercado de las obras que

---

<sup>324</sup> N. ELKIN-KOREN y E. SALBZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, (2004), pp. 47-48.

<sup>325</sup> El ejemplo presentado por N. ELKIN-KOREN y E. SALBZBERGER es muy ilustrativo: «Take a book as an example. The publisher will invest the necessary resources to cover the author's fee and expenses in preparing the manuscript. He will design the cover, and pay the graphic and editorial expenses. Bearing the marginal cost of producing a large number of copies of the printed book, the publisher will also distribute it via various channels, once the book is released in (relatively low) costs of creating additional copies, and avoiding the substantial cost of producing the manuscript. Thus the second incomer, who made no investment in creating the work, can easily distribute copies for a lower price, driving the original publisher from the market. Publishers would, therefore lack incentives to invest in the production of informational goods, such as books», *Law, Economics and Cyberspace*, (2004), p. 50.

<sup>326</sup> En una economía de mercado la atribución de los derechos de propiedad es considerada la solución más eficiente para la distribución de recursos en la sociedad; J. COHEN, «Lochner in Cyberspace», (1998), p. 6. No obstante, en cuanto en el mercado intelectual éstos adoptan la forma de monopolio legal se producen efectos adversos. Los propietarios del monopolio fijarán el precio de las obras de modo que le permitan maximizar su beneficio, incluso por encima del coste marginal. En consecuencia, los consumidores que no estén dispuestos a pagar ese precio no accederán a la obra, lo cual frustra el objetivo del máximo bienestar

funcionará, en principio, como cualquier otro, en términos de comercio de bienes (*commodities*) entre propietarios y consumidores<sup>327</sup>. La Escuela de Chicago supera este análisis de orientación utilitarista<sup>328</sup> y centra su análisis descriptivo y prescriptivo del Derecho de propiedad intelectual en el teorema del mercado perfecto de Coase<sup>329</sup> y la maximización de las transacciones<sup>330</sup>. Lo importante no es tanto la función de incitación

---

social. De ahí que las leyes de propiedad intelectual, al tiempo que otorgan incentivos a la creación, limiten, a través de la temporalidad, la dicotomía idea y expresión y los usos privilegiados, el monopolio de los titulares de derechos; N. ELKIN-KOREN y E. SALBZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, (2004), pp. 51-52.

También W. LANDES Y R. POSNER insisten en que los derechos de la propiedad intelectual no deben ser tan exhaustivos como los de la propiedad material. En *La estructura económica del Derecho...*, (2006), entre otras, pp. 16, 23 y 26.

<sup>327</sup> Los términos utilizados no son inocentes: autor-propietario, público-consumidor. Sobre la contraposición de los términos público-cliente, léase S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 238.

<sup>328</sup> I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 68; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 251. La principal diferencia entre las teorías neoclásicas y otras corrientes del análisis económico del mercado (teorías del incentivo), reside principalmente en la valoración del nivel de "propiedad" intelectual que resulta necesario. Mientras para los autores neoclásicos todo lo que puede ser privatizado debe serlo — el mercado debe alcanzar el máximo número de transacciones posibles absorbiendo el potencial valor económico de cualesquiera usos concebibles—, para los segundos sólo debe privatizarse en la medida en que resulte necesario para alcanzar el objetivo perseguido: la creación y difusión de las obras. Desde esta perspectiva, ha de tenerse presente que no siempre una expansión de la protección garantiza un nivel elevado de productividad.

<sup>329</sup> Identificado como, valga la redundancia, el mercado sin imperfecciones, que sólo existe en un entorno ideal. La teoría tradicional identifica cuatro imperfecciones del mercado: los monopolios, las asimetrías de información o información imperfecta, las externalidades y los bienes públicos. El desarrollo de esta aproximación realizado por el nobel Coase en su artículo «The Problem of Social Cost», introduce la categoría más general de los costes de transacción como fallos del mercado; publicado en *The Journal of Law and Economics*, 1960. Vol. III, October 1960. Puede accederse a una versión en español del artículo en <http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf>, traducción tomada de Estudios Públicos Nº 45, 1992. Cabe señalar que las imperfecciones del mercado pueden coexistir y que una imperfección puede ser analizada a partir de una o más categorías. Vid. N. ELKIN-KOREN y E. SALBZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, (2004), p. 27. Sobre la aplicación del paradigma de Coase en el entorno digital y una lectura crítica y constructiva del mismo, vid. ul. op. cit. pp. 90-107.

<sup>330</sup> I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 69; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), p. 14.

Esta visión fue la adoptada en EEUU por el Working Group of Intellectual Property Rights of the Information Infrastructure Task Force que convocaría la *Conference of Fair Use* con el

como la negociación de los derechos en el mercado<sup>331</sup>: ésta será la vía para alcanzar el bienestar colectivo. El juego del mercado ejercido a través de unos derechos de propiedad ampliamente definidos garantizará una asignación eficiente de recursos mediante la producción y distribución de los bienes culturales de acuerdo con su valor social. Éste vendrá determinado, en la medida de lo posible, a través de la discriminación de precios. Representantes de la Escuela de Chicago han sido los grandes defensores de la expansión de los derechos de autor —aunque no todos ni a todo coste— y más recientemente de la apropiación del dominio público<sup>332</sup>.

---

fin de desarrollar *las Guidelines para usos educativos en línea*. Entre los “principios” asumidos *ab initio* para la formulación de las *Guidelines* se establecieron los siguientes:

“- The marketplace is for the most part capable of achieving the fair use balance, particularly in the NII environment where authors are readers (and vice versa), with less intermediation by publishers and librarians.

-Successful copyright licensing does not require “bright-line” definitions of fair use.

-New Guidelines must leave ample scope for experimentation and testing of voluntary licensing arrangements.

-The cost of securing permission should never exceed the financial potential of the use.

-Instantaneous global transmissions occur in a system that permits licensing and tracking of transactions and reduces the need for fair use.

-A system for tracking and reporting transactions needs to be integral to the information superhighway.

-Fair use should not be enlarged, particularly because digitally disseminated works are more vulnerable to infringement.

-Fair use should not be invoked with respect to activities that displace actual or potential sales or licenses.”

En B. A. LEHMAN, *The Conference on Fair Use...*, (1998), pp. 23-24.

<sup>331</sup> S. DUSOLIER, *Droit d’auteur et protection...*, (2005), p. 251.

<sup>332</sup> Aunque con matices. Así, por ejemplo W. LANDES AND R. POSNER, cuestionan la eficiencia económica de los plazos de protección excesivamente largos. Léase el Capítulo 8 de su obra *La estructura económica del Derecho...*, (2006), pp. 275 y ss. Allí se concluye que un plazo como el vigente en la actualidad (70 a la muerte del autor) no es eficiente y se posición a favor de plazos más breves renovables, previo pago, de forma indefinida. De los mismos autores, «Indefinitely Renewable Copyright», *University of Chicago Law Review*, (2003), donde, desafiando la naturaleza no rival de los bienes públicos, concluyen que las obras intangibles en dominio público pueden ser utilizadas de manera ineficiente y abogan por tanto por la renovación indefinida de los derechos; cit. en N. ELKIN-KOREN y E. SALZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, (2004), p. 53. Nótese que este argumento de renovación de derechos ha sido también defendido por L. LESSIG en su libro *Free Culture*, (2003).

### C. Las limitaciones como respuestas a los fallos del mercado

Para estos autores el papel del legislador debe limitarse a paliar los fallos del mercado, producidos por la presencia de externalidades, de asimetrías en la posición de las partes contratantes, o de costes de transacción elevados o prohibitivos. La atribución de derechos de propiedad intelectual constituye en sí misma una respuesta a las imperfecciones del mercado<sup>333</sup>: la superación de una externalidad positiva y de los costes de transacción<sup>334</sup>. El mercado de la propiedad intelectual acusa importantes asimetrías tanto desde la perspectiva de las transacciones entre autores y explotadores de la obra como entre titulares de derechos y consumidores. Las primeras justificarán, por ejemplo, la limitación de la transmisibilidad de los derechos, es decir, la configuración de algunos ellos como irrenunciables — a lo cual buena parte la doctrina neoclásica guarda importantes reservas<sup>335</sup>— o la imposición su gestión colectiva obligatoria<sup>336</sup>. El fallo del mercado al que se alude habitualmente en referencia a la justificación de las limitaciones es el relativo a los costes aparejados a la transacción, especialmente elevados en el ámbito de la propiedad intelectual<sup>337</sup>. A

---

<sup>333</sup>J. COHEN, «Lochner in Cyberspace», (1998), pp. 8-9. Las externalidades se producen cuando el intercambio de bienes comporta unos costes —externalidad negativa— o unos beneficios —externalidad positiva— para un tercero ajeno a la transacción. La intervención de la norma legal intenta paliar estos fallos interiorizando los costes o beneficios: en el caso de la regulación de la propiedad intelectual otorgando los derechos de exclusividad del autor. Sin embargo, desde una perspectiva económica puede afirmarse que la interiorización efectuada por la ley no es perfecta: pese a la existencia de los derechos privativos hay ciertos usos que no derivarán un beneficio para el autor. Siguiendo el paradigma de la escuela neoclásica la implementación de medidas técnicas que controlen el uso de la obra captura con carácter absoluto esta externalidad, pudiendo llegar a reflejar, a través de la discriminación de precios, el valor exacto que cada uso tiene para cada consumidor. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 248 y ss. *Vid.* igualmente bibliografía allí citada, en notas 313 y 314.

Entre las externalidades positivas o beneficios que producen las obras protegidas se destacan la educación, el debate público, la diversidad cultural y el acceso público a la información; W. FISHER, «Reconstructing the Fair Use Doctrine», (1988), pp. 1769 y ss.

<sup>334</sup> Mediante la concentración de derechos exclusivos en un sólo propietario. Cfr. N. NETANEL, « Copyright and a Democratic...», (1996), p. 318.

<sup>335</sup> R. TOWSE, «Copyright policy, cultural policy...», (2003), p. 71, que pone de manifiesto los efectos perjudiciales de esta regulación bienintencionada, *id.* pp. 71-72.

<sup>336</sup> R. TOWSE, «Copyright policy, cultural policy...», (2003), p. 73.

<sup>337</sup> W. LANDES Y R. POSNER, *La estructura económica del Derecho...*, (2006), p. 28.

saber: la localización del titular de derechos, la especificación del objeto a comercializar, la negociación del precio y del contrato, o el coste que implica controlar su ejecución y garantizar su cumplimiento. Cuando los costes de transacción son demasiado elevados o incluso prohibitivos cabe la imposición de licencias no voluntarias, de la gestión colectiva o, incluso, de excepciones. El derecho deberá intervenir no tanto para implementar metas colectivas o compromisos sociales<sup>338</sup> como para superar las barreras que impiden que el mercado las alcance. La regulación de la propiedad intelectual deberá limitarse a facilitar las transacciones y, por tanto, en la medida de lo posible, a mimetizar el comportamiento del mercado<sup>339</sup>. Las limitaciones a los derechos exclusivos deberán operar de manera subsidiaria: se confía en que el propio mercado desarrolle los mecanismos para superar los costes de transacción; p. ej., mediante la gestión colectiva voluntaria.

La DDASI reconoce claramente esta supremacía del mercado sobre las limitaciones en el caso de la distribución *on line* (Art. 6.4.4<sup>340</sup>). De acuerdo con las premisas apuntadas, no sorprenden las voces que, acogidos a la posibilidad que ofrecen las nuevas tecnologías<sup>341</sup>, en particular los dispositivos técnicos de control, de eliminar en todo o en parte los costes de transacción, declaran que buena parte de las limitaciones a los derechos de explotación pierde su razón de ser<sup>342</sup>. Es más, las posibilidades de las nuevas tecnologías ha llevado a los más radicales a anunciar la muerte del Derecho de propiedad intelectual: la información controlada a través de medidas tecnológicas posibilita su exclusividad, no necesita por tanto del *copyright* para maximizar las transacciones, que deberán regirse por reglas meramente contractuales<sup>343</sup>.

<sup>338</sup> N. NETANEL, « Copyright and a Democratic... », (1996), p. 322.

<sup>339</sup> R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 35, 39-40 (4th ed. 1992), p. 14-15; cit. en N. NETANEL, « Copyright and a Democratic... », (1996), p. 322, nota 176.

<sup>340</sup> Sobre el art. 6.4 *vid. infra* Capítulo 2, apartado 1.1D.

<sup>341</sup> Véase la descripción de I. GARROTE de las tesis expuestas por la doctrina neoclásica en relación al entorno de las redes digitales; *El derecho de autor en Internet...*, (2003), pp. 71-75.

<sup>342</sup> T. BELL, «Fair Use vs. Fared Use...», (1998).

<sup>343</sup> D. FRIEDMAN, «In Defense of Private Orderings...», (1998); T. BELL, «Fair Use vs. Fared Use...», (1998); del mismo autor «Escape from Copyright...», (2001). En el fondo estos autores defienden la aplicación subsidiaria del Derecho de propiedad intelectual. El titular

## D. Las críticas al análisis de la Escuela de Chicago. Nuevos aires para el análisis económico del Derecho de propiedad intelectual

Aunque en la actualidad la doctrina neoclásica no carece de acólitos, ha sido fuertemente contestada<sup>344</sup>. Entre otras cosas, se le achaca su exceso de confianza en las transacciones privadas, los contratos y las medidas tecnológicas de protección<sup>345</sup> para incentivar la producción de más y mejores obras<sup>346</sup>; la ausencia de verificación empírica<sup>347</sup>; la asimilación de los autores a los explotadores<sup>348</sup>; y su incapacidad para aprehender el valor no económico de los bienes culturales, es decir, la dimensión social o cultural de las obras protegidas, o para apreciar la relación entre el Derecho de propiedad intelectual y los derechos y libertades fundamentales. Tanto representantes de la Escuela de Chicago<sup>349</sup> como miembros de otras corrientes que también basan la justificación del

---

de derechos podría escapar del mismo en tanto el mercado le ofrece mayor protección. I. T. HARDY se ha alzado no obstante en una postura más radical, reivindicando la privatización absoluta del Derecho a autor en su artículo «Property (and Copyright) in Cyberspace», (1996).

<sup>344</sup> Para una crítica comprensiva y en profundidad de las teorías neoclásicas véase N. W. NETANEL, «Copyright and a Democratic...», (1996); S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 272 y ss, y la bibliografía allí citada. Particularmente, en lo que se refiere a la implementación de sus enunciados en el nuevo entorno: J. COHEN, «Lochner in cyberspace:...», (1998); N. ELKIN-KOREN y E. SALBZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, (2004).

<sup>345</sup> J. FARCHY y F. ROCHELANDET, «Self-help systems...», (2003), pp. 149 y ss.

<sup>346</sup> Todo lo contrario, se ha argüido que invita a la creación de obras de escaso valor social; en J. COHEN, «Lochner in cyberspace:...», (1998), p. 80, nota 331 citando a C. E. BAKER, «Giving the Audience What It Wants», 58 OHIO ST. L.J. 311 (1997) y a S. BREYER, «The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs», 84 HARV. L. REV. 281 (1970).

<sup>347</sup> L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 14. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), p. 20-21.

<sup>348</sup> P. GELLER, «Towards an overriding norm...», (1994), p. 33-34. «Algunos comentaristas angloamericanos (...) intentan a veces generalizar el argumento a favor del derecho económico escamoteando la distinción entre el autor y el empresario. Un estudio frecuentemente citado comienza diciendo "Para simplificar el análisis, ... vamos a utilizar el término 'autor' (o 'creador') para significar ambos, autor y editor ». Se refiere al artículo de W. LANDES y R. POSNER: «An Economic Analysis of Copyright Law», (1989).

<sup>349</sup> W. GORDON, «Excuse and justification...», (2002); o R. MERGERS, «The End of Friction?...», (1997). También P. GOLDSTEIN, «Copyright: principles, law and practice», Little, Brown & Co.; Boston, 2.ª Ed. 1996, §2.2.1, p. 2:10, cit. en I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 77.

*copyright* en fundamentos económicos<sup>350</sup> se han lanzado a la búsqueda de nuevos sistemas que intentan superar estas debilidades. No disponemos de espacio para una descripción de los sistemas propuestos. Baste decir que estos autores, sobre todo el segundo grupo, vuelven sobre la perspectiva utilitarista y proponen, a partir de las especiales características de los bienes públicos, alternativas que reflejen el valor social de los bienes culturales, cuya concreción exigirá, incluso ante la ausencia de costes de transacción, la eliminación o moderación de las prerrogativas otorgadas a los autores. A partir de estos argumentos, que podríamos denominar conciliadores, intentan justificar la existencia de todas las limitaciones a la propiedad intelectual. Sus aportaciones más recientes contribuyen en cierta medida a acercar el análisis económico de la regulación de la propiedad intelectual al paradigma democrático que hemos estudiado en el apartado anterior.

En definitiva, el reduccionismo del análisis de la Escuela de Chicago<sup>351</sup>, pese a presentar méritos indiscutibles<sup>352</sup>, dificulta la interpretación del Derecho de propiedad intelectual desde una perspectiva global<sup>353</sup> y la interpretación de muchas de las limitaciones. Sin embargo, el aspecto descriptivo de sus teorías —en particular en lo que se refiere a la relación “normas de propiedad intelectual-mercado”— nos resulta extremadamente útil para abordar, como adelantábamos hace algunos párrafos, el modelo y la oportunidad de algunas de las disposiciones que conforman el Derecho de propiedad intelectual y, en particular, de buena parte de las limitaciones.

---

<sup>350</sup> Entre otros, L. PALLAS, «Redefining the market failure...», (1997); J. COHEN, «*Lochner* in cyberspace:...», (1998); Y. BENKLER, «A political economy of the public domain:...», (2001); o N. ELKIN-KOREN y E. SALBZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, (2004). Vid. también S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 284-287 y bibliografía allí citada.

<sup>351</sup> J. COHEN, «*Lochner* in cyberspace:...», (1998), p. 50.

<sup>352</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 273.

<sup>353</sup> Léanse, por ejemplo, las reservas de L. GUIBAULT en torno a la aplicación del análisis económico al *Droit d'auteur*, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 78.

### 3.3 La relación entre la técnica de restricción y el funcionamiento del mercado

#### A. El mercado al servicio de la esfera pública

El paradigma de la esfera pública plantea un desafío permanente al mercado. Si a la luz del modo en el que éste se desarrolla se dificultan, o no se dan de manera correcta, los objetivos que informan el Derecho de propiedad intelectual, entonces las limitaciones saldrán a la luz. En este sentido coincidimos con la doctrina recientemente citada al identificar como una de las justificaciones de las limitaciones —en este caso secundaria o derivada— la incapacidad del mercado de respetar los objetivos anteriormente enunciados, de garantizar el acceso (de autores y público) y de promover la discursividad en la esfera pública.

#### B. La técnica de restricción

En todo caso, ante las imperfecciones del mercado, —se deriven éstas de la existencia de asimetrías en la información, de los elevados costes de transacción o de la existencia de externalidades (o de su naturaleza de bienes públicos)—, resultará legítima, por no cumplirse con los objetivos del Derecho de propiedad intelectual, la implementación de limitaciones a la propiedad intelectual que faciliten estos usos<sup>354</sup>. La forma de las limitaciones vendrá delimitada por el menor perjuicio a los titulares de derechos, que implicará la preferencia por la forma de limitación que mejor mimetice el funcionamiento del mercado: la gestión colectiva y/o la licencia obligatoria. Cuando ni siquiera estos mecanismos de limitación logren alcanzar los objetivos de la regulación de la propiedad intelectual —en nuestro caso la utilización de obras protegidas en actividades docentes—, ni la superación de ciertas imperfecciones —p. ej. se mantiene la imposibilidad de control—, la limitación podrá adoptar la forma de licencia legal. Si la ecuación sigue

---

<sup>354</sup> En un estudio llevado a cabo en 1999 (I. HINDS, *Marketplace for Licensing in Digital...*, (1999)) se puso de manifiesto como uno de los mayores problemas para utilizar obras protegidas en entornos *on line* era, precisamente, que los titulares de derechos no había desarrollado licencias a tal efecto. *Vid.* también US Copyright Office, *Report on Copyright and Digital Distance Education*, (1999), pp. 41 y ss; D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), p. 543; W. FISHER/ W. MCGEVERAN, «The Digital Learning Challenge...», (2006), pp. 77-84; : CENTRE FOR EDUCATIONAL RESEARCH AND INNOVATION (CERI), *Giving Knowledge for Free ...*, (2007), p. 80.



siendo negativa, entonces el paradigma de la esfera pública exigirá el nacimiento de una excepción.

### C. La articulación de las limitaciones: la subsidiariedad

La importancia que el legislador otorga al mercado se pone de manifiesto especialmente en los regímenes cuya aplicación se establece de manera subsidiaria. Se trata no sólo de salvaguardar la discursividad sino, en igual medida, de fomentar el desarrollo de un mercado inexistente: en el caso que nos ocupa el de las licencias voluntarias con fines educativos. Y ello es lo que se pretende con el sistema de licencias no voluntarias establecido en Australia<sup>355</sup> o con el juego entre excepciones-licencias voluntarias de las normas británica<sup>356</sup> e irlandesa<sup>357</sup>. La misma idea subyace tras aquellas limitaciones que autorizan determinadas utilidades educativas sólo si tras una investigación razonable se concluye que no es posible obtener o acceder a la obra dentro de un tiempo razonable a un precio ordinario. Requisitos de ésta índole son requeridos por las excepciones educativas australianas<sup>358</sup> y, como comprobaremos en más detalle, por las licencias con fines de enseñanza contempladas en el Anexo a Berna<sup>359</sup>.

### D. La co-regulación y la autorregulación

Como ya hemos sugerido, habrá casos en los que el mercado desarrolla sus propias estructuras que no hacen necesaria la intervención por parte del legislador: la justificación de la limitación permanece latente, pero dado el estado del arte no es necesario que se exteriorice. Se da una suerte de co-regulación implícita entre la normativa de la propiedad intelectual y los agentes del mercado; o, si se quiere, en los casos más extremos, una suerte de auto-regulación. Un ejemplo de

---

<sup>355</sup> Part VA y Part VB de la *Copyright Act*, 1968.

<sup>356</sup> Secciones 35 (Recording by educational establishments of broadcasts) y 36 (Reprographic copyright by educational establishments of passages from publishing works) *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988.

<sup>357</sup> Secciones 56 (Recording by educational establishments of broadcasts and cable programmes) y 57 (Reprographic copying by educational establishments of certain works) *Copyright and Related Rights Act*, 2000.

<sup>358</sup> Cfr. secciones 135ZL y 135ZMD de la *Copyright Act* australiana

<sup>359</sup> *Vid. infra* Capítulo 2 apartado I.2.

autorregulación en el sector educativo lo encontramos en Estados Unidos: Las *Fair Use (Educational) Guidelines*. Éstas definen estándares detallados sobre los usos permitidos en entornos educativos y representan un consenso negociado entre diferentes grupos de afectados. Las normas establecidas en las *Guidelines* son meras orientaciones, en principio no vinculantes. Aunque la jurisprudencia las ha tenido en cuenta en muchos de sus fallos, también las ha rechazado, argumentado que si el legislador hubiera deseado otorgarles un carácter normativo las hubiera implementado en el ordenamiento jurídico<sup>360</sup>. Para la enseñanza tradicional —en el entorno analógico— existen las *Guidelines on Multiple Copying for Classroom Use (Classroom Guidelines)*, las *Guidelines For Educational Uses of Music*, y las *Guidelines for Off-Air Recording of Broadcast Programming for Educational Purposes*<sup>361</sup>. En 1994 la Administración Clinton convocó la *Conference on Fair Use* entre cuyos objetivos estaría la formulación de unas nuevas *Guidelines* para el entorno digital. Tras años de trabajo se publicaron varios borradores que nunca serían adoptados<sup>362</sup>. No obstante algunas instituciones educativas las toman como base para diseñar su *Copyright Policy*<sup>363</sup>.

Otro ejemplo de auto-regulación lo constituyen los acuerdos alcanzados en Francia entre los ministerios competentes y diferentes entidades de gestión relativos a la utilización de obras protegidas con fines de ilustración de la enseñanza y la investigación. Como ya se ha comentado, el legislador francés introduce en la ley de transposición de la Directiva una licencia no voluntaria con fines educativos que, no obstante, no será aplicable hasta enero de 2009. Dicha fecha coincide

---

<sup>360</sup> Así en los asuntos *MDS* y *Kinko's*, *vid. supra* 323.

<sup>361</sup> Las dos primeras fueron acordadas durante el gran proceso de reforma de la *Copyright Act* en 1976 e incluidas en la memoria de la ley House of Representatives Report núm. 94-1476, 1976. Las *Guidelines for Off-Air Recording of Broadcast Programming for Educational Purposes* de 1981, serían reproducidas en el *House Report on Piracy and Counterfeiting Amendments* (H.R. No. 495, 97th Cong., 1st Sess) y reimprimadas en la Circular 21: *Reproductions of Copyrighted Works by Educators and Librarians* (1992) de la Oficina de Copyright de EEUU, en <http://www.copyright.gov/circs/circ21.pdf>.

<sup>362</sup> Cfr. Informe redactado por B. A. LEHMAN: *The Conference on Fair Use. Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use*, (1998).

<sup>363</sup> *Report on Copyright and Digital...*, (1999), pp. 91-93; 111-119.

con la expiración de los citados acuerdos sectoriales, por lo que es probable que la experiencia alcanzada durante su aplicación, marque las pautas para interpretar los nuevos artículos de la ley y, probablemente, para desarrollar el sistema de licencias anunciado. Volveremos sobre el contenido de los acuerdos citados en el Capítulo 3 de esta obra, apartado III.3.3.

Ya para concluir, sólo afirmar que el paradigma de la esfera pública lleva a cabo primero un juicio de necesidad que legitima la intervención del legislador —a la luz del estado del arte y de las exigencias de la esfera pública: el grado insuficiente/suficiente de acceso y discursividad, diagnostica la enfermedad—, y posteriormente un juicio de oportunidad —cómo puedo garantizarlo, curar este mal—, que se articula a través de algunas de las técnicas de restricción estudiadas. El legislador no pretende *ab initio* anular las facultades de explotación, lo que es tanto como expulsar una utilización concreta del mercado, sino que evalúa si el mercado está en condiciones de cumplir con los objetivos del Derecho de la propiedad intelectual y en algunos casos le incita a hacerlo.

En todo caso, no sólo la justificación de la propiedad intelectual y su relación con el mercado determinan el modelo normativo de la institución. También el modo en el que el legislador resuelve el equilibrio de intereses influye en la configuración de los derechos y limitaciones reconocidos en el Derecho positivo. A la descripción de los intereses en juego dedicaremos, precisamente, el siguiente apartado.

#### *4 El Derecho de propiedad intelectual como equilibrio de intereses*

El Derecho de propiedad intelectual responde, lo hemos visto en los apartados anteriores, a la protección de un interés público<sup>364</sup>: la alimentación de la esfera pública de discusión mediante la creación, producción, difusión y disfrute de las obras del ingenio. En su configuración subyace la presencia de diversos intereses privados y

---

<sup>364</sup> J. FORNS, “Derecho de la propiedad intelectual...», (1951).

otros intereses generales. La descripción del Derecho de propiedad intelectual a través del paradigma del equilibrio de intereses es lugar común en la literatura científica<sup>365</sup> y en sus propias normas<sup>366</sup>.

#### *4.1 Tipología de intereses*

##### A. Intereses privados

En los apartados precedentes hemos mencionado directa o indirectamente a los diferentes caracteres que protagonizan la historia de la regulación del Derecho de propiedad intelectual. En su afán por contribuir a la generación de un espacio que favorezca el pluralismo y el desarrollo democrático, concurren en el seno de la propiedad intelectual la protección de los intereses privados de los autores y la salvaguarda de los del público. Por otro lado, en tanto las obras son objeto del comercio, la regulación aborda necesariamente los intereses de los agentes que en él operan. Las pretensiones de los diferentes actores pueden desglosarse a su vez en un sinfín de aspiraciones que, dependiendo de los casos, puede coincidir o no con las de los restantes protagonistas. No existe pues un enfrentamiento natural entre ellos: los trabajos preparatorios de cualquier proyecto normativo en la arena de la propiedad intelectual muestra coaliciones de lo más variopintas.

La trilogía de intereses, personificada en autores-explotadores-público<sup>367</sup>, y enunciada de manera tan simple, esconde cierta

---

<sup>365</sup> En nuestro Derecho, y a mero título de ejemplo, léanse: F. BONDÍA, *Propiedad Intelectual. Su Significado...*, (1988), pp. 22-23 y 86; C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Artículo 31», (1997), p. 594; J. F. ORTEGA, «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005), pp. 72 y ss.

<sup>366</sup> Cfr. Considerando 9 DDASI: "(9) Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general. Por lo tanto, la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad." También el 31 DDASI: "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..."

Y los preámbulos del TODA y el TOIEF: "Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna".

complejidad. El primer grupo, se define en relación con el origen último, la causa eficiente, de la obra: los intereses morales y económicos de los *autores*. En el segundo, el de los *explotadores y/ o intermediarios*, se incide en el beneficio económico perseguido con la explotación directa de las obras protegidas. En él cabe distinguir tanto los intereses de los *explotadores primarios* de las obras (editores, productores, etc.), como los de los *explotadores secundarios* (industrias dedicadas a la distribución y a la difusión). Las aspiraciones de autores y explotadores primarios pueden confluir o manifestarse como opuestas: el denominado *conflicto interno* del Derecho de propiedad intelectual<sup>368</sup>. En ciertos casos los explotadores son además titulares de derechos vecinos o afines, por lo que coincidirán con los autores en sus reivindicaciones. El tercer grupo, *el público*, se define desde una perspectiva negativa: quienes no realizan un acto de explotación con fines lucrativos y agrupa en su seno a los destinatarios finales de las obras, a los meros usuarios<sup>369</sup>. *Usuarios privados*, hayan adquirido un ejemplar o licencia de uso de la obra (usuarios-consumidores) o no. O *usuarios públicos*, cuyo uso de la obra contribuye de una manera especialmente relevante al desarrollo de la sociedad: a saber, el usuario-autor, el usuario-estudiante, el usuario-investigador, el usuario-periodista, el usuario-profesor, etc. Esta diversificación del público implicará a su vez una diversificación de intereses. Hay un cuarto colectivo de utilizadores de las obras protegidas cuya integración en uno de los grupos enunciados presenta algunos problemas. Se trata de aquellos que realizando un acto de

---

<sup>367</sup> Léanse los comentarios de A. STROWEL a la clasificación de sujetos, finalidad y funciones realizada a partir de la trilogía perfilada inicialmente por L. RAY PATTERSON, *Droit d'auteur et copyright*, (1993), pp. 271 y ss.

<sup>368</sup> Vid. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, (1993), pp. 253-254 y 284-285.

<sup>369</sup> El rol de los aquí denominados meros usuarios ha tomado una relevancia significativa en las últimas décadas: «A related development is the increasingly important role of the consumer in the copyright equation. In 'analogue' times the primary role of copyright was to regulate relationships between authors/content producers and intermediaries/producers. Consumers were end users that acted well outside the scope of copyright law. In the digital age, due in large part to the expansion of the reproduction right in the digital domain, the copyright paradigm has shifted. Consumers have actually become 'users' within the traditional meaning of copyright law. Concomitantly, consumers and consumer organisations have become stakeholders and are becoming increasingly vocal in copyright debates at the national and supranational level.» En IVIR, *The Recasting of Copyright...* (2006), p. 2.

explotación pública, bien no persiguen un beneficio económico —por ejemplo los centros educativos—, bien el beneficio perseguido es indirecto —p. ej. los hoteles— por no ser ésta su actividad principal. Les denominaremos *explotadores indirectos*. El público, como los explotadores indirectos —y a veces los primarios y secundarios —, tendrán interés en un acceso más fácil a las obras, a su utilización, que se ha leído en términos del *conflicto externo* del Derecho de propiedad intelectual<sup>370</sup>. A este elenco de protagonistas ha de sumarse la *industria tecnológica*. Su presencia en la palestra del Derecho de propiedad intelectual no es inesperada. En el siglo pasado uno de los nuevos sectores afectados fue el de la producción de soportes o aparatos que facilitaban la reproducción sonora, audiovisual o reprográfica. Hoy en día, la industria informática y los operadores de telecomunicaciones se perfilan como poderosos grupos de presión en la agenda normativa<sup>371</sup>.

## B. Intereses generales o interés público

A estos intereses de naturaleza privada se le superpone la consideración de otros intereses generales. El Derecho de propiedad intelectual, en sí mismo, responde a la contribución del desarrollo democrático. Los Tratados de Internet —el TODA y el TOIEF— mencionan expresamente “la educación, la investigación, y el acceso a la información”, que son los baluartes de nuestra sociedad. No en vano dichos intereses son reconocidos en los principales textos internacionales —así en la Declaración Universal de los Derechos humanos y en el Pacto relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966— y constitucionales. En nuestro caso, la Constitución de 1976 hace referencia a la educación<sup>372</sup> y a la información<sup>373</sup> como derechos

---

<sup>370</sup> Vid. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, (1993), pp. 253-254, 284-285.

<sup>371</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 303-305.

<sup>372</sup> Art. 27: “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.  
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.  
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.  
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

fundamentales. Y en su art. 44, ubicado en el Capítulo III del Título I *De los principios rectores de la política social y económica*, alude al deber de los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. En el apartado 2 del citado artículo se dispone, además, que los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general. Sin lugar a dudas, estos intereses públicos están directamente relacionados con la regulación de la propiedad intelectual. Y sugieren que el legislador debe tenerlos en cuenta a la hora de regular ésta, valorando en qué medida el Derecho positivo contribuye u obstaculiza la consecución de los principios y valores a ellos inherentes. Otros

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.”

<sup>373</sup> Art. 20: “1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.”

intereses dignos de protección, directa o indirectamente vinculados con el Derecho de propiedad intelectual, son la protección del patrimonio cultural y artístico, la competencia y la protección de los derechos de los consumidores.

#### 4.2 La articulación de los intereses

La concreción a manos del legislador del juego de intereses tiene naturaleza dinámica y dependerá de varios factores.

La tradición jurídica en la que se enmarquen las diferentes normas —*Droit d'Auteur* o *Copyright*— es, sin lugar a dudas, uno de ellos. En la doctrina clásica la relación de los intereses en juego se comprende en términos de conflicto entre los intereses individuales de los autores y los intereses de la sociedad o del público. Para el *Droit d'Auteur*, al considerar al creador el centro de la regulación, la balanza se ve abocada a la defensa de sus intereses privados. Por el contrario, el *Copyright* parece resolver la ecuación a favor del público<sup>374</sup>. Ésta visión no tiene en cuenta, no obstante, los intereses de otras partes implicadas. A medida que se van reconociendo con carácter diferenciado las aspiraciones de cada una de ellas, el conflicto bipolar se dispersa, y con él disminuyen las diferencias en la ponderación de intereses entre los dos grandes sistemas de protección<sup>375</sup>.

El verdadero catalizador de la articulación de intereses es, pues, el contexto económico, muy relacionado además con la innovación tecnológica. El desarrollo del mercado, alentado por sistemas cada vez más complejos y onerosos de producción de obras protegidas pero a su vez más eficaces en cuanto a su difusión, ha reforzado la presencia de los intermediarios —cuyos intereses han sido asimilados a los intereses de los autores e, incluso, a los del público—. Las directivas comunitarias en la materia o el ADPICs son regulaciones de mercado por lo que, pese a que reconocen la existencia de diferentes intereses en juego, se centran en la regulación de unos intereses muy concretos: los de los

---

<sup>374</sup> J. FORNS, «Derecho de la propiedad intelectual...», (1951), pp. 993 y ss.; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, (1993), p. 246 y ss; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 296-297.

<sup>375</sup> Al respecto léase supra apartado II.3.



explotadores e inversores que hacen económicamente posible la existencia de ese mercado. Los intereses de los usuarios, del público, y, en cierta medida, de los propios autores se confían a la legislación nacional, que es donde encontraremos la concreción de las diferentes limitaciones. Pese a que, dado el propósito y naturaleza de las normas citadas, esta opción tiene cierto sentido, ha sido objeto de duras críticas por parte de quienes reivindican, con sólidos argumentos, que, ante el comercio globalizado, el equilibrio de intereses se tenga en cuenta de manera más comprometida en las esferas internacionales<sup>376</sup>. Algunas de sus propuestas están siendo estudiadas en las reuniones relativas a la adopción del “Programa de la OMPI para el Desarrollo”<sup>377</sup>. Por otro lado, a la hora de reconocer los intereses en juego e implementar su articulación, el legislador nacional también tendrá en cuenta la posición que su país ocupa en el mercado internacional. Generalmente los países importadores de obras protegidas se mostrarán más condescendientes con los intereses de los utilizadores, mientras que los países exportadores intentarán consolidar el dominio de la explotación en manos de autores y explotadores primarios<sup>378</sup>.

Ya por último, no ha de obviarse el poder que ostentan cada uno de los grupos de intereses anteriormente referidos, que ha llevado a una cada vez mayor presencia de los *lobbies* en la agenda político-legislativa<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> P. DRAHOS, «An alternative framework...», (2005); H. KNOPE, «Towards a positive agenda...», (2005); R. OKEDIJI, «Fostering access to education...», (2004), p. 10 y «The International Copyright System...», (2005), p. 25.

<sup>377</sup> El impulso para la creación de este programa partió de la propuesta planteada a la Asamblea General de la OMPI por Argentina y Brasil, en Octubre de 2004. En la página web de la OMPI se puede acceder a los documentos de la reuniones habidas hasta la fecha, la última de las cuales tuvo lugar el pasado junio ([http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting\\_id=11927](http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=11927)). Vid. también la remisión al Programa realizada en el Capítulo 3, al final del apartado I.2.4.

<sup>378</sup> S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 297. También S. FITZPATRICK, «Prospects of further copyright...», (2003).

<sup>379</sup> En muchos casos detrás la intervención cada vez mayor de los *lobbies* en los procesos de toma de decisiones normativas está la práctica del *rent-seeking* que, como efecto más perverso, tiene la institucionalización de una política (o de un tipo de contratos) que difícilmente pudiera llegar a consolidarse en la arena privada. Sobre la práctica del *rent-seeking* vid. P. LIU, “Regulatory Copyright”, (2004), pp. 40 et seq. También J. COHEN, «Lochner in cyberspace:...», (1998), p. 67 y ss.; y P. SAMUELSON, «Copyright, Commodification, and Censorship...», (2002).

Ésta es sin duda más intensa —y en todo caso más exitosa— en el caso de explotadores o utilizadores ligados a los sectores y económicos más potentes<sup>380</sup>, aunque se percibe una presencia cada vez mayor de organizaciones que representan los intereses de otros grupos de usuarios<sup>381</sup>. Este desequilibrio de poderes ha provocado el cuestionamiento, por parte de amplios sectores de la doctrina, de la eficacia y credibilidad del sistema<sup>382</sup>.

#### 4.3 Las limitaciones docentes y los diferentes intereses en juego

##### A. Las limitaciones docentes: concurso de intereses generales e intereses privados

Las limitaciones al Derecho de propiedad intelectual son una de las herramientas principales para articular el juego de intereses, para garantizar cierto equilibrio. Las previstas a favor de utilidades con fines educativos<sup>383</sup> contribuyen en general a la consecución de intereses generales como son la promoción del saber, el acceso a la cultura, la educación, etc. Las limitaciones docentes reflejan, especialmente, los intereses privados de un público muy concreto, el conformado por aquellos que imparten o reciben la enseñanza que reclamarán la utilización, cuanto menos gravosa mejor, de las obras protegidas tanto en el entorno tradicional como en los espacios generados por las nuevas

---

<sup>380</sup> En sentido similar, W. LANDES Y R. POSNER, *La estructura económica del Derecho...*, (2006), p. 528.

<sup>381</sup> Ya hemos hecho referencia al activo papel que el colectivo de las bibliotecas y la comunidad universitaria francesa jugó durante el proceso de implementación de la DDASI en el país vecino, así como a las acciones emprendidas por comunidades del mismo tipo en Alemania, que aletargadas durante el primer paquete de reformas para la implementación de la DDASI, han despertado ante la preparación del segundo proceso de reformas para transponer al Derecho interno el texto comunitario. *Ut supra* nota 195.

<sup>382</sup> Así lo señala el IVIR respecto al Derecho comunitario de propiedad intelectual: «Moreover, the interests of certain stakeholders (especially right holders) are usually more successfully voiced at the EC level than those of the public interest at large. [...] But this process of 'upwards' harmonisation is also a source of major concern. The effectiveness, in economic terms, and credibility, in terms of democratic support, of any system of intellectual property depends largely on finding that legendary 'delicate balance between the interests of right holders in maximising protection and the interests of users, i. e. the public at large, in having access to products of creativity and knowledge.» En *The Recasting of Copyright...* (2006), pp. 7-8.

<sup>383</sup> *Vid. supra* apartado I.2 sobre los diferentes tipos de limitaciones educativas.

tecnologías. Al público, pero también a los editores o las entidades de radiodifusión —e incluso a los autores—, beneficiarán las limitaciones relativas a la incorporación de obras protegidas en antologías o programas de radiodifusión.

Quienes se han erigido en la defensa de las limitaciones docentes han argumentado la relevancia de la utilización de las obras protegidas en la actividad de enseñanza y la necesidad de que se garantice un acceso ilimitado, que no necesariamente gratuito, a las obras protegidas y a la información<sup>384</sup>. Éste es indispensable para el trabajo realizado en las instituciones académicas y científicas; de lo contrario se obstaculizaría de manera irrazonable la actividad docente<sup>385</sup>. Además, se han puesto de manifiesto las dificultades en la obtención de licencias para utilizar las obras en entornos educativos<sup>386</sup>. Se han denunciado los costes económicos —a juicio de algunos prohibitivos<sup>387</sup>— y administrativos<sup>388</sup> que implica hacer frente a la negociación de la obtención de derechos

---

<sup>384</sup>Leáse la Declaración de Göttingen sobre Copyright para la Educación y la Investigación (Göttinger Erklärung zum Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft vom 5. Juli 2004, (The Göttingen Declaration on Copyright for Education and Research of 5 July 2004)). O consúltense las siguientes referencias del Dossier legislativo de la Asamblea Francesa (Documento: Amendements déposés sur le texte núm. 1206) sobre el *Projet de Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*: Justificación a la Enmienda 101 Rec., presentada por MM. Bloche, Christian Paul, Caresche, Mathus y los miembros del grupo socialista ante la Asamblea francesa el 13 de junio de 2005, en Documento con el conjunto de enmiendas presentadas ante la Asamblea francesa, pp. 124 y 125; así como la justificación a la Enmienda 113 presentada por M. Goasguen, íd. pp. 137 y 138 y la de la Enmienda 120 presentada por Mme Billard, MM. Yves Cochet et Mamère, íd. pp. 147 y 148. También R. KUHLEN «Controversial copyright regulation...», (2006), p. 1.

<sup>385</sup> Refiriéndose a la posición de los intereses de los grupos implicados ante el proceso de reforma de la ley alemana: D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), p. 542.

<sup>386</sup> Sobre las dificultades para licenciar usos educativos en la enseñanza *on line* véase I. HINDS, *Marketplace for Licensing in Digital...*, (1999) y el US Copyright Office, *Report on Copyright and Digital...*, (1999), pp. iii, 41 y ss, y 128. También se denuncia la situación en: D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), p. 543; W. FISHER/ W. MCGEVERAN, «The Digital Learning Challenge...», (2006), pp. 77-84; : CENTRE FOR EDUCATIONAL RESEARCH AND INNOVATION (CERI), *Giving Knowledge for Free ...*, (2007), p. 80.

<sup>387</sup> *Report on Copyright and Digital...*, (1999), pp. xi y 128. Véase igualmente justificación a la Enmienda núm. 5 rec. presentada por M. Garraud, en la Asamblea francesa, el 8 de junio de 2005, en Documento Amendements déposés sur le texte núm. 1206, p. 5.

<sup>388</sup> D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), p. 543.

que, dicho sea de paso, no siempre concluye en buenos términos. Al mismo tiempo se ha puesto de manifiesto, con carácter general, la falta de una solución global, eficaz, que dé respuesta a la situación de las utilidades de las obras protegidas en entornos educativos<sup>389</sup>. Ello genera una inseguridad jurídica<sup>390</sup> propiciada por el silencio, la insuficiencia o la indeterminación<sup>391</sup> de la regulación de la propiedad intelectual en relación a las limitaciones educativas, que, de interpretarse de manera restrictiva, podría reputar ilícitas conductas —realmente inocuas— habituales y aceptadas socialmente, hasta incluso llegar a criminalizarlas<sup>392</sup>. En relación con las nuevas tecnologías se ha insistido en las posibilidades que éstas ofrecen para la educación en línea<sup>393</sup> y los obstáculos que un régimen en exceso privativo del Derecho de propiedad intelectual implica para su pleno desarrollo<sup>394</sup>.

Las principales preocupaciones de los titulares de derechos se han manifestado, no sin parte de razón, en relación con las limitaciones relativas a la utilización masiva de las obras en centros educativos. A las relativas a la reproducción analógica se le suman ahora las derivadas de la multiplicación perfecta de las copias digitales y su inmediata e infinita difusión facilitada por las redes telemáticas. La puesta a disposición al público de las obras protegidas no sólo puede implicar

---

<sup>389</sup> Léase en idéntico sentido la Justificación a la Enmienda 101 Rec. presentada por MM. Bloche, Christian Paul, Caresche, Mathus y los miembros del grupo socialista ante la Asamblea francesa el 13 de junio de 2005, en Dossier legislativo del proyecto de ley 1206: Amendements déposés sur le texte núm. 1206, p. 124.

<sup>390</sup> R. KUHLEN «Controversial copyright regulation...», (2006), p. 2.

<sup>391</sup> Report on Copyright and Digital..., (1999), p. xi, respecto a la aplicación del *fair use* y p. 128.

<sup>392</sup> En sentido similar, Göttinger Erklärung zum Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft vom 5. Juli 2004, (The Göttingen Declaration on Copyright for Education and Research of 5 July 2004), p. 2. Véase igualmente la Justificación a la Enmienda 120 al Projet de Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, presentada por Mme Billard, MM. Yves Cochet et Mamère ante la Asamblea francesa, en Amendements déposés sur le texte núm. 1206, pp. 147 y 148

<sup>393</sup> US Copyright Office, Report on Copyright and Digital..., (1999), p. xi y p. 128; R. KUHLEN «Controversial copyright regulation...», (2006), p. 2.

<sup>394</sup> Göttinger Erklärung zum Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft vom 5. Juli 2004, (The Göttingen Declaration on Copyright for Education and Research of 5 July 2004). Léanse igualmente las sugerencias presentadas por R. XALABARDER/ M. VILAMITJANA, en «Final Report», (2003), pp. xliii-xliv.

un acceso no autorizado a las mismas y su diseminación incontrolada<sup>395</sup>, sino que puede entrar en conflicto directo con el mercado de referencia —actual o potencial— de los titulares de derechos.

Los defensores de los intereses de los titulares de derechos han sugerido que las limitaciones docentes pueden llegar a eliminar los incentivos para la publicación de obras protegidas<sup>396</sup>, llegando a atentarse en algunos casos contra el mercado principal de las mismas<sup>397</sup>. Respecto a la posible ampliación de las limitaciones docentes existentes al entorno digital, se ha criticado que pueden suponer una pérdida de la oportunidad de licenciar obras para su uso en la enseñanza en línea, abortando el potencial de un mercado incipiente<sup>398</sup>. En este sentido, algunos autores han sostenido que éstas suponen una verdadera expropiación al derecho de propiedad de los autores<sup>399</sup>, quienes no tienen por qué subsidiar los intereses de la educación, de la que en su caso debiera hacerse cargo el Estado<sup>400</sup>. De acuerdo con la doctrina citada, los costes de la adquisición de licencias deberían entenderse como un coste más de los que deben que asumir quienes pongan en marcha actividades educativas<sup>401</sup>.

---

<sup>395</sup> Report on Copyright and Digital..., (1999), pp. xii y 129.

<sup>396</sup> Refiriéndose en concreto a la publicación en formato digital, véase al respecto B. BOLLAG, «New Copyright Law Pleases...» (2003).

<sup>397</sup> Dando cuenta de la postura sostenida por los editores ante la reforma de la ley alemana de 2003: D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), p. 540.

<sup>398</sup> Report on Copyright and Digital..., (1999), p. 132.

<sup>399</sup> B. BÖHM, «Implementation of the European Info Directive...», (2003), p. 522; D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), p. 541.

<sup>400</sup> Refiriéndose a la introducción en la ley alemana de la sección 52a, que contempla una limitación educativa específicamente aplicable a la enseñanza en línea: «The Vds and the Börsenverein [representando los intereses de los proveedores de contenido] even accuses an obvious connection between the empty public education cash boxes and the legislative initiative to the Federal Government. The affected German publishers interpreted the provision of §52a as a compulsory purchase of the publishers and authors». De nuevo, D. GÜNNEWIG, «New Copyright for the Digital Age», (2003), p. 541.

<sup>401</sup> Report on Copyright and Digital..., (1999), p. 129.

## B. Soluciones equilibradas

La solución adoptada por los diversos Estados diverge considerablemente y depende de cómo han articulado el equilibrio de intereses. Estas diferencias se ponen de manifiesto, en primer lugar, en la existencia/inexistencia de las limitaciones docentes así como en la técnica de restricción adoptada. No en pocos ordenamientos se ha optado, como ya hemos tenido la ocasión de señalar, por un régimen de las licencias no voluntarias para los casos en los que los supuestos afectados por las limitaciones pueden implicar una utilización masiva de las obras protegidas o en los que se han apreciado riesgos excesivos para los titulares de derechos: p. ej., en los relativos a los usos digitales en redes telemáticas. Las limitaciones docentes suelen incluir, además, requisitos o restricciones de diferente índole, en un intento de garantizar la salvaguarda de los diferentes intereses afectados. Tales requisitos podrán referirse, entre otras cuestiones, a la categoría de obras a las que se aplican las limitaciones (incluyendo a su vez restricciones cuantitativas), a la facultad/es específicas de explotación, a la naturaleza lucrativa de la actividad, a los beneficiarios de la limitación y los destinatarios de la obra, etc. Profundizaremos las cuestiones apuntadas a colación del estudio de las limitaciones en nuestro ordenamiento y, especialmente, al tratar desde la perspectiva del Derecho comparado las limitaciones docentes para usos en línea (Capítulo 3).

Por si estos requisitos no fueran suficientes, en algunos países, haciéndose eco de una cautela exquisita, el legislador ha impuesto límites temporales a las limitaciones. Recordemos que en Alemania la §52a lleva aparejada una *sunset clause* —tras la última renovación la limitación será aplicable hasta diciembre de 2008— y en Francia se ha pospuesto su vigencia hasta la expiración de los acuerdos sectoriales que el Ministerio pertinente ha firmado con representantes de los titulares de derechos<sup>402</sup>. En el caso español, la cautela ha sido máxima. Se pone de relieve no en la imposición de límites temporales a la excepción, sino en la definición de unos requisitos tan exagerados que,

---

<sup>402</sup> Vid. supra apartado 2.4.C.

de interpretarse en sentido estricto, su utilidad práctica será más bien escasa.

### *5 La relación entre las limitaciones docentes y los derechos y libertades fundamentales*

En el apartado 1 de este Capítulo hacíamos referencia a los derechos y libertades fundamentales como límites externos a los derechos de autor. No obstante la proyección de los derechos fundamentales —primordialmente en lo referido a la libertad de expresión y de información<sup>403</sup>—, también se ha expandido e interiorizado en las normas del Derecho de propiedad intelectual, a través de sus límites y, particularmente, algunas de las limitaciones<sup>404</sup>.

En su tesis *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, GEIGER parte del delicado equilibrio existente entre los derechos fundamentales del autor y del público y examina de manera exhaustiva cómo las limitaciones —y el propio reconocimiento de los derechos de los autores<sup>405</sup>— constituyen la materialización de los valores de la libertad de expresión y el derecho del público a la información en el seno de las normas reguladoras de la propiedad intelectual. Existe un consenso generalizado en vincular buena parte de las limitaciones a la salvaguarda de la libertad de expresión de los usuarios y el derecho del público a la información. La cita —única excepción prevista como

---

<sup>403</sup> Cfr. art. 10.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.”

<sup>404</sup> La literatura al respecto es abundante. B. HUGENHOLTZ, «Copyright and Freedom of expression...», (2001); L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), pp. 28 y ss. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004); C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004); P. TORREMAN, *Copyright and Human Rights*, (2004); entre otros.

<sup>405</sup> Sobre la relación entre la libertad de expresión, el derecho a la información y el reconocimiento de la protección de la propiedad intelectual, véase igualmente J. M. DESANTES, *La información como derecho*, (1974), pp. 94-123; y F. BONDÍA, *Propiedad Intelectual. Su Significado...* (1988), pp. 90 y ss.

obligatoria en el Convenio de Berna— y la parodia representan una concreción de la libertad de expresión, del mismo modo que las limitaciones a favor de los medios de comunicación se derivan del derecho o la libertad de información.

Para GEIGER las limitaciones docentes participan “a título accesorio” del derecho a la información<sup>406</sup>. Sin desmentir la relación existente entre información y educación<sup>407</sup>, —y, por tanto, entre información y relaciones docentes—, nos parece más pertinente su vinculación con otros derechos tales como el derecho a la educación o el derecho a la cultura.

El derecho a la educación se ha reconocido igualmente por los principales tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Así en el art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>408</sup> y en el

---

<sup>406</sup> Al abordar el estudio de las limitaciones en el Derecho alemán el autor distingue entre las justificadas a título principal por el derecho del público a la información y las que lo son a título accesorio, entre ellas la copia privada o las limitaciones docentes; *Droit d'auteur et droit du public...*, (2004), pp. 234 y 239 y ss.

<sup>407</sup> Al estudiar la relación entre información y educación afirma DESANTES que la enseñanza es información. Nos recuerda, en un discurso no muy lejano del que enunciábamos respecto del paradigma de la esfera pública, que la información instruye y transmite conocimientos, contribuyendo a forjar el hombre integral. El derecho a la información y el derecho a la educación —continúa al autor— resultan unos derechos paralelos, que, aun con estructura distinta, tendrán un mismo punto de referencia y se dirigirán hacia él en sentido convergente y emulativo: una mayor información da una mayor educación; una mayor educación amplía la capacidad de asimilación informativa y, sobre todo, la capacidad investigadora del sujeto que sigue siendo receptor pero cada vez es menos pasivo. J. M. DESANTES, *La información como derecho*, (1974), pp. 192-194. Allí dónde se dice información digamos nosotros creación cultural o propiedad intelectual. Educación y creación cultural son, hemos insistido sobre ello a lo largo de todo este Capítulo, dos caras de la misma moneda. No están en conflicto, se alimentan y se condicionan entre sí en una relación sumamente enriquecedora. Cuánto más de una, más de la otra.

<sup>408</sup> “Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los



art. 13 del Pacto relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966<sup>409</sup>—. Ha de tenerse en cuenta, además, la alusión a la enseñanza contemplada en el art. 18 de la Declaración Universal, relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia o de convicción<sup>410</sup>, y

---

grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

<sup>409</sup> “Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c)

La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

<sup>410</sup> “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de

en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>411</sup>. También en la pretendida Constitución Europea se aludía al derecho a la educación<sup>412</sup>, que, como no podía ser menos, encuentra su reflejo en la mayoría de los textos constitucionales.

---

manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”

<sup>411</sup> “Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

<sup>412</sup> Art. II-74 Derecho a la educación:

“1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.”

Además el Art. III-282 dispone:

“1. La Unión contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre Estados miembros y, si es necesario, apoyando y complementando la acción de éstos.

Respetará plenamente la responsabilidad de los Estados miembros en cuanto a los contenidos de la enseñanza y la organización del sistema educativo, así como su diversidad cultural y lingüística.

La Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa.

La acción de la Unión tendrá por objetivo:

a) desarrollar la dimensión europea en la enseñanza, en particular mediante el aprendizaje y la difusión de las lenguas de los Estados miembros;

b) favorecer la movilidad de estudiantes y profesores, fomentando en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios;

c) promover la cooperación entre los centros docentes;

d) incrementar el intercambio de información y experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas educativos de los Estados miembros;

Una interpretación holística de los textos enunciados pone de manifiesto, en primer lugar, la naturaleza compleja de los derechos educativos. Se ha destacado así su carácter bifronte, como libertad y como derecho<sup>413</sup>. En este último aspecto, la educación como derecho, es en el que nos detendremos a continuación. El derecho a la educación concebido en sentido estricto se configura como un derecho prestacional, que requiere que los Estados pongan en marcha los medios necesarios para instituir un sistema educativo de calidad. De acuerdo con la Observación general 13 relativa al art. 13 del Pacto

e) favorecer el desarrollo de los intercambios de jóvenes y animadores socioeducativos y fomentar la participación de los jóvenes en la vida democrática de Europa;

f) fomentar el desarrollo de la educación a distancia;

g) desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura e las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportistas, especialmente la de los jóvenes.

2. La Unión y los Estados miembros propiciarán la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en materia de educación y deporte, especialmente con el Consejo de Europa.

3. Para contribuir a la consecución de los objetivos mencionados en el presente artículo:

a) la ley o ley marco europea establecerá medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. La ley o ley marco se adoptará previa consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social;

b) el Consejo adoptará recomendaciones a propuesta de la Comisión.”

Y el Art. III-283:

“1. La Unión desarrollará una política de formación profesional que apoye y complemente las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en cuanto al contenido y la organización de dicha formación.

La acción de la Unión tendrá por objetivo:

a) facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, en particular mediante la formación y la reconversión profesionales;

b) mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral;

c) facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes;

d) estimular la cooperación en materia de formación entre centros de enseñanza o de formación profesional y empresas;

e) incrementar el intercambio de información y experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros.

2. La Unión y los Estados miembros propiciarán la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en materia de formación profesional.”

<sup>413</sup> J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza*, (2001), Id. vLex: VLEX-WH330.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Derecho a la educación presenta desde el punto de vista de las exigencias normativas determinadas características: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y adaptabilidad<sup>414</sup>. El art. 2 del Pacto impone a los Estados parte la obligación de garantizar el ejercicio del derecho a la educación, así como de adoptar las medidas necesarias para lograr su plena aplicación. Se exige, en primer lugar, que se eviten los obstáculos que dificulten el disfrute del derecho a la educación. Tal obligación se concreta en la necesidad de que el Estado facilite el cumplimiento del derecho cuando un individuo o grupo no puede ponerlo en práctica por sí mismo. De ahí se deriva la obligación de los Estados miembros de desarrollar un sistema educativo. Además, el art. 13.2 exige que se respete, proteja y se dé cumplimiento a las características fundamentales anteriormente enunciadas. A título ilustrativo se enuncian en la observación citada ciertas obligaciones directa o indirectamente relacionadas con la propiedad intelectual, y muy particularmente con el acceso a los recursos educativos. Así en relación con la *aceptabilidad*, la adopción de medidas positivas para que la educación sea de buena calidad para todos o la formulación de planes de estudios y dotación de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación; o la de facilitar la *disponibilidad* de la educación [...] suministrando materiales didácticos. Se destaca asimismo que la intensidad de tales obligaciones dependerá de los diferentes niveles de enseñanza.

---

<sup>414</sup> A continuación señalamos las que consideramos más relevantes para el punto que estamos tratando:

- a) Disponibilidad: Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros [...] [el acceso o la disponibilidad de] materiales de enseñanza [...].
- b) Accesibilidad: Las instituciones y programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación. La accesibilidad consta de tres dimensiones, entre ellas, la económica: la educación ha de estar al alcance de todos.
- c) Aceptabilidad: La forma y el fondo de la educación han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes; adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes.
- d) Adaptabilidad: la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos sociales y variados.”

Por otro lado, tanto el Pacto como otros textos convencionales, requieren que el derecho a la educación esté presente en todas las esferas internacionales, de modo que los Estados firmantes deberán tomar las medidas necesarias para que la negociación y ratificación de los acuerdos internacionales no afecten de manera negativa al derecho, así como cuidarse de que se tenga debidamente en cuenta en sus acciones como miembros de las organizaciones internacionales. De este mandato se concluye la vocación del derecho de la educación como principio rector de la actividad política y normativa en la Sociedad contemporánea.

Además del derecho a la educación, los textos mencionados consagran igualmente el derecho a “a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”, contemplado en el art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 —y, en términos similares, en el art. 15 del Pacto relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966—<sup>415</sup>.

En la consagración del derecho a la educación, así como del derecho a la cultura, no puede subsumirse el derecho al acceso y disfrute de la propiedad intelectual<sup>416</sup>, pero sí puede derivarse una obligación de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para garantizar un “acceso suficiente” a las obras protegidas, especialmente si tenemos en cuenta que éstas resultan ser una herramienta indispensable para la formación y el desarrollo educativo y cultural de la comunidad. La situación es especialmente relevante en lo que se refiere a los países en vías de desarrollo. Como veremos en el Capítulo 2, apartado I.2 *in fine*, el acceso a los materiales educativos, en especial a los libros de texto, es una quimera en muchos de los países en vías de desarrollo. Por ello, no sorprende que en el Convenio de Berna se haya contemplado un régimen especial de licencias no voluntarias para facilitar el acceso, reproducción y traducción de obras protegidas con fines educativos en los países en vías de desarrollo. Ni resulta extraño que la educación, y

---

<sup>415</sup> Consúltense el texto de las disposiciones citadas *ut supra*, en notas 218 y 219.

<sup>416</sup> En sentido similar, M. CHON, «Intellectual Property “from Below”... », (2007), pp. 117 y ss; en especial, nota 69.

también el derecho a la cultura, haya sido una de las armas esgrimidas por los países empobrecidos en sus propuestas para la formulación de un Programa de la OMPI para el desarrollo<sup>417</sup>.

No consideramos que la alusión al derecho a la educación pueda exigir la misma intensidad en el caso de los países desarrollados. Pero lo que es innegable es que la vinculación entre propiedad intelectual y educación sigue viva y viene a requerir que en la regulación de la propiedad intelectual se tengan en cuenta los intereses de esta última. Así se reconoce de manera explícita en el Preámbulo de los Tratados de Internet que alude a “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.

Si descendemos a nuestro texto constitucional, la libertad de enseñanza y el derecho a la educación están garantizados por el art. 27, entendidos respectivamente como la libertad en la transmisión del saber y la efectividad en el acceso a su recepción<sup>418</sup>. De acuerdo con lo dicho, el derecho a la educación se instrumentaliza a través de la actividad prestacional del Estado, concretada no sólo en la prestación del servicio público de la educación, sino, en lo que a nosotros nos atañe, en la puesta en marcha de todos los medios para que ésta se desarrolle de manera efectiva. Ciertamente es que el contenido del derecho, en tanto exigible por los titulares del mismo, se limita a las enseñanzas regladas, y no, en sentido amplio, a todas las esferas educativas o de formación. No obstante, en virtud del mandato contemplado en el art. 44 de la Constitución, los poderes públicos asumen igualmente su función de promover la cultura<sup>419</sup> —de la que sin lugar a dudas la educación no reglada es una manifestación— y la investigación<sup>420</sup>.

---

<sup>417</sup> *Vid.* infra Capítulo apartado I.2.4.

<sup>418</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA/SÁNCHEZ NAVARRO, «Art. 27: Enseñanza», (1996), Id. vLex: VLEX-VX574, p. 160.

<sup>419</sup> El derecho a la cultura se configura igualmente como un derecho de prestación; véase al respecto J. PRIETO, «Artículo 44.1: El derecho a la cultura», (1996), pp. 210 y ss. En palabras del autor: «El derecho a la cultura pertenece al género de los derechos de prestación y tiene su causa última en la valoración por los poderes públicos de la profunda implicación entre

En todos estos ámbitos entran en juego nuevamente las limitaciones docentes, cuyo fin último, lo hemos visto, es contribuir al desarrollo de la educación, reglada y, dependiendo de cómo se configuren las limitaciones, no reglada, mediante un acceso suficiente a las obras protegidas, que son un instrumento indispensable para el desarrollo de las actividades didácticas *de calidad*. Al marco internacional y comunitario que regula las características de estas limitaciones para su posterior implementación en el Derecho interno dedicaremos el siguiente Capítulo de esta tesis.

---

cultura y desarrollo de la persona que el Estado Social, democrático y de Derecho —que, en tanto busca su entronque con este valor, se convierte en Estado de Cultura —no puede ignorar ni dejar abandonada a la suerte del juego espontáneo del intercambio social y del mercado, pues muchos individuos verían en ese caso limitado o impedido su acceso a los bienes de la cultura. Esa implicación ha penetrado en el corazón de los textos constitucionales y tiene reflejo explícito en la Constitución española: así, mediante una declaración de carácter general, el artículo 27.2 C.E. vincula rotundamente educación y desarrollo de la personalidad: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana...», vinculación que, por el papel central que en la transmisión de la cultura corresponde a la educación, hemos de interpretar como una declaración elíptica que alcanza a toda la cultura. Esta es la interpretación sistemática que inducen otros preceptos de la Constitución, como el artículo 25.2, en el que, ad exemplum, en relación con la reinserción de los presos se afirma que éstos tendrán derecho al «acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad». Y un poco más adelante: «se trata de un derecho de *crèance* muy matizado, porque su objeto no es que los poderes públicos ofrezcan de forma inmediata prestaciones culturales propias, una cultura propia, a los individuos, sino que creen las condiciones para que esto sea posible, para que los individuos puedan participar realmente en la «vida cultural» que demanda el artículo 9.2 de la Constitución».

Sobre el art. 44 de la Constitución y su relación con las limitaciones a la propiedad intelectual, véase F. BONDÍA: «el derecho fundamental de propiedad intelectual ha de ponerse en conexión con el principio de acceso a la cultura a la que todos tienen derecho (art. 44), correspondiendo a los poderes público impulsarla y desarrollarla (art. 9.2 y 50) como deber y atribución esencial (149.2), con el derecho a la educación (art. 27) y con el derecho a la información (art. 20.1.d)», *Propiedad intelectual. Su significado...*, (1984), p. 96; en el mismo sentido, citándolo, C. ROGEL, «La inclusión de obras plásticas...», (2003), p. 297. También J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), pp. 125-127.

<sup>420</sup>FERNÁNDEZ-MIRANDA/SÁNCHEZ NAVARRO, «Art. 27: Enseñanza», (1996), Id. vLex: VLEX-VX574, p. 170.





## Capítulo 2

### Las limitaciones de enseñanza en el Derecho de autor internacional y comunitario

En el Capítulo precedente hemos introducido los diferentes límites y limitaciones a la propiedad intelectual y, en particular, nos hemos referido a las limitaciones docentes. Hemos comprobado que éstas, en sí mismas, están íntimamente vinculadas con el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual y que en su configuración (sus requisitos, técnica de restricción y *modus operandi*) tiene una especial relevancia el mercado y el juego entre los diferentes intereses concernidos. Cerramos el citado Capítulo con una breve referencia a la relación entre las limitaciones docentes, la propiedad intelectual y los derechos y libertades fundamentales. En este Capítulo 2 trataremos las limitaciones docentes tal y como vienen contempladas en el Derecho internacional de autor y en el Derecho comunitario. Éstas representan el punto de partida para la configuración de las limitaciones docentes previstas en los ordenamientos nacionales.

En cuanto al Derecho internacional, nos centraremos en las disposiciones del Convenio de Berna: en el art. 10.2, que contempla la excepción relativa a las utilidades con fines de enseñanza (apartado I.1) y en el Anexo al Convenio relativo a las licencias obligatorias para países en vías de desarrollo (apartado I.2). Ambas disposiciones han sido incorporadas por la vía de la remisión a los restantes grandes tratados internacionales sobre la propiedad intelectual, a saber: los Tratados de Internet de la OMPI y el ADPICs de la OMC. Cabe destacar que en el Preámbulo de los Tratados de Internet se hace alusión expresa a

“la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, *en particular en la educación*, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.

En lo que se refiere al Derecho comunitario nos centraremos en el análisis de la DDASI donde, al igual que en Berna, se posibilita a los Estados miembros la introducción de una limitación específica relativa a la ilustración con fines educativos (apartado II.1). También haremos referencia a la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos, que contempla igualmente esta posibilidad tanto en relación con el derecho de autor sobre las bases de datos, como con el denominado derecho *sui generis* (apartado II.2).

## I. EL CONVENIO DE BERNA

La importancia de los usos docentes se pone de manifiesto de manera explícita en dos disposiciones del Convenio de Berna: el artículo 10.2 que contempla una limitación relativa a las utilizaciones con fines de enseñanza, y el Anexo al Convenio relativo a las licencias obligatorias para países en vías de desarrollo. En el apartado 1 procederemos al análisis del art. 10.2. El apartado 2 lo dedicaremos a las disposiciones del Anexo.

### *1 El artículo 10.2 del Convenio de Berna*

#### *1.1 Introducción y Antecedentes*

El artículo 10.2 reserva a los Estados miembros de la Unión la posibilidad de contemplar en su legislación interna limitaciones relativas a

“la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esta justificación sea conforme a los usos honrados”.

Al configurarla como facultativa se limita a fijar, de una manera más o menos general, las coordenadas dentro de las cuales los Estados pueden implementar sus limitaciones

Su origen se remonta al artículo 8 del Acta de Berna (1886):

“En lo que se refiere a la facultad de copiar lícitamente parte de las obras literarias o artísticas para publicaciones destinadas a la enseñanza, o que tengan carácter científico, o para antologías (*chrestomathies*), quedan reservados los efectos de la legislación de los países de la Unión, ateniéndose a los arreglos particulares que existan o se celebren entre los mismos”.

En 1908 (Convención de Berlín) se modifica la numeración del artículo que pasará a corresponderse con el artículo 10. En la revisión de Bruselas (1948) se introduce una leve modificación añadiéndosele la

coletilla “en la medida justificada por el fin perseguido”. Es en 1967, en la Conferencia de Estocolmo, donde se lleva a cabo una revisión sustancial del precepto que le dará su redacción actual.

## 1.2 Análisis del art. 10.2

### A. Obras afectadas

El art. 10.2 afecta a la utilización de cualquier tipo de obra protegida por el Convenio, es decir, se extiende a todas las “obras literarias y artísticas”<sup>421</sup>. En las versiones españolas anteriores a Estocolmo se hacía explícitamente referencia a la “facultad de copiar lícitamente *parte* de las obras literarias o artísticas...”, incorporándose por tanto una restricción relativa a la extensión en la que una obra podría ser reproducida, y que, sosteniendo una interpretación literal del precepto, imposibilitaba la copia íntegra de la obra<sup>422</sup>. En los diversos procesos de reforma del Convenio hubo varios intentos, liderados por Francia, de introducir límites cuantitativos aún más restrictivos<sup>423</sup>. En la Conferencia de Estocolmo, tras desestimarse la propuesta de reemplazar el término inglés *excerpts* por el *borrowings*, más cercano si cabe al francés *emprunts*<sup>424</sup>, se acordó sustituir la expresión “copiar lícitamente *parte* de las obras literarias o artísticas” por la de “utilizar [...] las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza [...] conforme a los

---

<sup>421</sup> Art. 2 CB.

<sup>422</sup> M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d'auteur...*, (1980), p. 182; del mismo autor: «Le droit d'auteur et les nécessités...», (1981), p. 167.

<sup>423</sup> Así, en la Conferencia de Roma (1928) en la que la delegación francesa propuso límites cuantitativos específicos: no más de 3 páginas por obra y no más de la mitad en el caso de obras musicales. Pese a que la propuesta no fructificó sí se incluyó una resolución que incitaba a los Estados Miembros a definir en su legislación los límites de los *borrowings*, algo que harían algunas legislaciones. Posteriormente, en la revisión de Bruselas (1948), Francia planteó la inclusión del término “extractos cortos”, que fue igualmente rechazada. Como solución de compromiso se introdujo la referencia a la utilización de partes de la obra “en la medida en la que tal inclusión es justificada por el fin perseguido” En S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), p. 790.

<sup>424</sup> Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1147.

usos honrados”. Así, de acuerdo con el texto finalmente adoptado es posible la utilización íntegra de la obra<sup>425</sup>.

En todo caso, tal utilización deberá llevarse a cabo no sólo, como acabamos de advertir, “conforme a los usos honrados”, sino también “en la medida justificada por el fin perseguido”. El juego entre estos requisitos —similares a los perfilados para el derecho de cita<sup>426</sup>—, impone un juicio de equidad, que podrá reputar ilícita, por excesiva, la utilización de fragmentos demasiado extensos o de la obra en su integridad.

## B. Derechos afectados

Caben diversas interpretaciones en relación con los derechos afectados por el art. 10.2. La más restrictiva se limitaría al *derecho de reproducción*, en tanto se autoriza la inclusión de obras protegidas en otras obras o prestaciones realizada (única y exclusivamente) a través de los medios fijados en la disposición: publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales. A favor de esta interpretación juega la ubicación del precepto —a continuación de la definición del derecho de reproducción (art. 9) y antes del reconocimiento de otros derechos (art.

---

<sup>425</sup> S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), pp. 791-792. En contra, H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), pp. 202-203; y S. STEWART, *Internacional Copyright and Neighbouring...*, (1983), p. 126.

<sup>426</sup> Art. 10.1 CB: “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.”

La *Guía del Convenio de Berna* (1978) al referirse, en relación con el derecho de cita, al alcance de las expresiones “usos honrados” y “en la medida justificada por el fin perseguido”, entiende que el primero «revela la intención de referirse precisamente a lo que es normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común. Esto debe ser apreciado de manera objetiva. Al fin y al cabo, la noción de equidad, como cualquier otra, es algo que han de apreciar los tribunales. No hay duda que éstos tendrán en cuenta [...] particularmente la medida en que esta última [se refiere a la obra que incorpora los fragmentos citados], al competir llegado el caso con la obra preexistente, hará disminuir su venta, su circulación, etc.». En cuanto a “la medida justificada por el fin que se persiga” se entiende que el cumplimiento de esta condición, lo mismo que la precedente, es algo que ha de averiguarse en cada caso concreto, y que, si es objeto de litigio, se confiará a la apreciación de los tribunales.» OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 67.

11 y ss.)—, aun cuando no parece acorde con su espíritu —especialmente si pensamos en las emisiones de radio o en las grabaciones sonoras y audiovisuales—.

Una segunda interpretación extendería el ámbito de aplicación a *determinadas comunicaciones públicas*, a saber las llevadas a cabo a partir de las obras reproducidas en las emisiones o grabaciones realizadas de acuerdo con lo previsto en el artículo; tal y como se recoge, por otro lado, en el art. 7i c) de la Ley modelo de Túnez<sup>427</sup>. Esta opinión es la sostenida en la *Guía de la interpretación del Convenio*<sup>428</sup> y ha sido defendida por SALZCER-SÁNCHEZ en su tesis sobre *El derecho de autor y las necesidades de la enseñanza*<sup>429</sup>.

Finalmente, cabe ampliar el alcance del precepto, además de al *derecho de reproducción*, al *de comunicación pública*, entendidos ambos en su acepción más amplia y abarcando, por tanto, la realización de copias en abstracto<sup>430</sup>, la ejecución y la representación pública, o la comunicación o proyección de obras protegidas, siempre que se respeten, claro está, las condiciones exigidas por el artículo. S. RICKETSON y R. XALABARDER<sup>431</sup> se manifiestan partidarios de esta última solución. En su

---

<sup>427</sup> “No obstante lo dispuesto en el artículo 4, serán lícitas sin el consentimiento del autor las utilidades siguientes de una obra protegida en lengua original o en traducción, i) si se trata de una obra publicada lícitamente [...]: c) utilizar la obra a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, siempre dentro de los límites justificados por el fin propuesto, *o comunicar con propósito de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos o universitarios y de formación profesional*, a reserva de que esta utilización se ajuste a los buenos usos y de que la publicación, la emisión de radiodifusión, la grabación mencionen la fuente y nombre de la obra”. Respecto a la comunicación pública, los comentarios al texto entienden que “la autorización hace explícito el concepto de utilización como ilustración de la enseñanza”. *Ley tipo de Túnez sobre el derecho de autor y comentarios a su articulado*, Documento del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la protección de las obras artísticas y literarias (Unión de Berna) B/EC/XII/7 y Documento de la UNESCO (Comité intergubernamental de Derecho de Autor) ICG(1971)/II/11, de 6 de Octubre de 1977.

<sup>428</sup> OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 69.

<sup>429</sup> M. SALZCER-SANCHEZ, *Le droit d'auteur...*, (1980), p. 180. En un artículo publicado en 1981 el autor amplía, no obstante, el alcance del artículo al derecho de representación; “Le droit d'auteur et les nécessités...”, (1981), p. 167.

<sup>430</sup> Sin quedar limitada a la *inclusión* de una obra en otra obra, prestación o fijación.

<sup>431</sup> S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), pp. 793-794; R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 156.

defensa, el uso del término utilización<sup>432</sup>, que no reproducción; en contra, la lista de medios en los que se permite la utilización de la obra —a saber: publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras y audiovisuales—. A este respecto R. XALABARDER, entiende que la lista no es exhaustiva y que, al hacer referencia a las utilizaciones más relevantes de publicación y radiodifusión, debería incluir igualmente los medios menores, tales como la comunicación pública o la representación. Sugiere la autora que tal vez los autores del precepto no se plantearon la posibilidad de que estos usos pudieran llegar a entrar en conflicto con los intereses del autor<sup>433</sup>. En todo caso cabe recordar, como veremos un poco más adelante, que el art. 10.2 *no* agota todos los usos educativos. De hecho y precisamente respecto a los derechos contemplados en los artículos 11 y siguientes, en la propia Conferencia de Estocolmo se admitió la vigencia de las denominadas excepciones menores (*minor exceptions*), enunciándose entre ellas las relativas a los requerimientos de la educación<sup>434</sup>. (*Vid. infra* apartado I.1.3).

Asimismo, podría sostenerse que la locución “por medio de” admite una doble lectura. Por un lado, la realizada por SALZCER-SÁNCHEZ, referida a la lista, a su juicio limitativa, de medios utilizados para hacer efectiva la utilización. Dados los antecedentes del precepto, esta interpretación se referiría a la “inclusión” de la obra en otras obras o prestaciones<sup>435</sup>: en “publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales”. Por otro, la relativa a la fijación a partir de la cual puede realizarse la utilización. De acuerdo con esta interpretación, el término utilización se extiende no sólo a la *incorporación*, si existe, de la obra en otra obra, prestación o fijación, sino igualmente a *cualquier otro uso* —a saber, la representación y reproducción reprográfica de obras protegidas, o incluso, la comunicación pública— realizado a partir de las “publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales” en las que se encuentra fijada la obra. Desde un punto de vista práctico, la distinción no tiene, sin embargo, demasiada trascendencia

---

<sup>432</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 156.

<sup>433</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 157.

<sup>434</sup> Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1166.

<sup>435</sup> Recordemos que, hasta Estocolmo, la versión inglesa del art. 10.2 explícitamente hacía referencia a la posibilidad de *include excerpts*.

ya que diferentes limitaciones contempladas en los ordenamientos estatales referidas a la representación pública o a otros extremos como la reproducción reprográfica, podrían salvarse, como hemos anticipado, a través de las excepciones menores o, en último caso, por la vía del art. 9.2<sup>436</sup>, referido al test en tres pasos.

Además, de acuerdo con la doctrina de las limitaciones implícitas y siempre que se respeten los derechos morales del autor (*vid.* infra apartado 1.2.G) y las restantes condiciones exigidas por el art. 10.2, podrá realizarse una traducción de la obra para los fines expresados en el precepto<sup>437</sup>.

### C. Finalidad

La limitación —dice el art. 10.2 que estamos analizando— podrá preverse “a título de ilustración de la *enseñanza*”, lo que nos exige analizar de manera diferenciada los dos términos a los que se refiere el precepto y nos lleva a preguntarnos qué se entiende por “enseñanza” y qué se entiende por “a título de ilustración”.

Respecto al primer término, ha de apuntarse que, de acuerdo con las Actas de Estocolmo, sólo será relevante la enseñanza, a todos los niveles, llevada a cabo en instituciones educativas y universitarias, escuelas municipales y estatales, y escuelas privadas. Las actividades educativas impartidas en otros centros quedan, por tanto, excluidas<sup>438</sup>. Se ha criticado, a nuestro juicio con acierto, esta interpretación tan restrictiva de la limitación, señalando que implicaría excluir actividades de gran importancia en los países en vías de desarrollo, como las campañas de educación de adultos<sup>439</sup>. Tal afirmación puede hacerse extensiva a los países desarrollados, especialmente si tenemos en cuenta

---

<sup>436</sup> “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.”

<sup>437</sup> Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, pp. 1165-1166.

<sup>438</sup> Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1148.

<sup>439</sup> S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), pp. 792-793.



la importancia innegable de la educación no formal y de la impartida por diversas entidades sociales.

Pero el artículo 10.2 no se contenta con hacer referencia a la utilización con fines de enseñanza sino que especifica que aquella deberá hacerse “a título de ilustración”. Tal expresión fue introducida en el texto, junto con la referencia a los usos honrados, como contrapartida a los posibles excesos derivados de la ausencia de límites cuantitativos explícitos<sup>440</sup>. En nuestra opinión, la referencia a la ilustración concreta, por si hubiera dudas, el alcance de la limitación: la acción que viene a ser tolerada. Dentro de un concepto amplio de enseñanza destaca el contenido didáctico y sustancial que representa el uso. Así, no resultaría conforme a la limitación la utilización de música o imágenes cuyo fin último sea decorar o embellecer la obra didáctica, sino que la utilización de la imagen ha de tener como finalidad, ha de consistir en ilustrar (en ejemplificar, explicar, servir de apoyo a) la enseñanza. En más, atendiendo a lo expresado en las Actas de la Conferencia de Estocolmo, la utilización de la obra por medio de la ilustración guarda cierta relación de subsidiariedad en relación con la actividad de enseñanza o el contenido educativo<sup>441</sup>. Se ha dicho, en este sentido, que la reproducción o la utilización de la obra deberán tener un carácter secundario en relación con los medios habituales de enseñanza<sup>442</sup>.

---

<sup>440</sup> En este sentido observa XALABARDER que “ilustración” responde simplemente a la preocupación relativa a la extensión en la que las obras son utilizadas sin añadir ni restar nada al término enseñanza; en R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 157: «“illustration for teaching” is not more restrictive than “teaching” or educational purposes” as stated in article 8 of the Berne Text».

<sup>441</sup> Main Committee I, Summary Minutes, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 885: “The Working Group [on excerpts from protected works, (article 10(2)) (S/185)] had been instructed to choose between retaining the Brussels text and drawing a more restrictive text, and it had opted for the second solution. The text proposed by the Group no longer referred to borrowings, but spoke of the utilization of literary and artistic works “by way of illustrations”, which was to be understood in the sense of *subsidiary* reproduction”.

<sup>442</sup> M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d’auteur...*, (1980), p. 181 y ss.. También en «Le droit d’auteur et les nécessités...», (1981), p. 167. Para el autor el fin de la excepción es completar la enseñanza, no puede servir para justificar la utilización de obras destinadas a la enseñanza, ya que entonces el fin no sería la ilustración de la enseñanza, sino la enseñanza misma.

D. Otras condiciones: “en la medida justificada por el fin perseguido” y “conforme a los usos honrados”

La expresión “en la medida justificada por el fin perseguido” se introdujo en la Conferencia de Bruselas (1948), como contrapartida a la propuesta francesa —no incorporada al precepto— de introducir una referencia concreta a la extensión<sup>443</sup> en la que la obra podía ser reproducida. En todo caso, tal alusión viene a sugerir un análisis de proporcionalidad que podrá reprimir cualquier exceso relativo a la extensión en la que la obra es utilizada o cuestionar la necesidad misma de la utilización.

Al igual que en el apartado 1 del artículo 10, sobre el derecho de cita, al giro citado le acompaña la referencia, típica del Derecho anglosajón (*fair dealing* o *fair use*), a “los usos honrados”. En las Actas del Convenio, y respecto del derecho de cita, se especificó que ello implicaba que el uso sólo puede ser aceptado después de una apreciación objetiva<sup>444</sup>. Si el uso que se hace de la obra es o no conforme a los usos honrados se podrá evaluar atendiendo a diferentes factores<sup>445</sup>, que, por lo demás, están íntimamente relacionados con los restantes requisitos de la limitación<sup>446</sup>: la extensión en la reproducción del fragmento, su entidad, el ánimo de lucro, etc.... Criterios que valorarán, en todo caso, los tribunales.

Además, se ha señalado que, pese a que el test en tres pasos no se aplica al artículo 10.2<sup>447</sup>, los criterios enunciados en el artículo 9.2 —que no se

---

<sup>443</sup> Vid. supra nota 423. También S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), p. 790.

<sup>444</sup> Preparatory Documents: S/1, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 117, aún refiriéndose al derecho de cita.

<sup>445</sup> Vid. supra nota 426.

<sup>446</sup> La indefinición de la expresión ha llevado a algún autor a afirmar que realmente la referencia a los usos honrados no aporta nada al texto, si bien sirve para reforzar las condiciones precedentes e implica que, en ningún caso, la utilización puede suponer un atentado a la explotación normal de la obra. M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d'auteur...*, (1980), p. 182 ; «Le droit d'auteur et les nécessités...», (1981), p. 167.

<sup>447</sup> M. SENFTLEBEN, *Copyright Limitations and the Three...*, (2002), pp. 153 y 242 ; M. SALCZER-SANCHEZ, «Le droit d'auteur et la nécessité...», (1981), pp. 164 y 167. En contra de la opinión que aquí sostenemos, el último autor citado considera que no puede implementarse ninguna limitación con fines de enseñanza sobre la base del art. 9.2 al existir una limitación

atente a la explotación normal de la obra ni se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor— pueden resultar útiles para determinar si una limitación nacional se ha configurado de acuerdo con lo previsto en Berna. De hecho, en algunos textos hispanoamericanos la definición de “usos honrados” tiene especialmente en cuenta los criterios enunciados en el artículo 9.2 del Convenio<sup>448</sup>. Esta apreciación aunque generalmente se asocia con el alcance de la expresión “usos honrados”<sup>449</sup>, también se ha extendido a la interpretación del giro “en la medida justificada por el fin perseguido”. Así, SENFTLEBEN, refiriéndose a los apartados 1 y 2 del art. 10, entiende que una limitación cumple los usos honrados y está justificada por el fin perseguido si no causa un perjuicio injustificado a los intereses del autor, es decir si respeta lo dispuesto en el tercer criterio del test<sup>450</sup>.

En nuestra opinión, la identificación de las condiciones del art. 10.2 con las del art. 9.2 puede resultar peligrosa, ya que si se formula de manera rotunda, corre el riesgo de desnaturalizar el verdadero contenido de los parámetros limitativos del artículo 10.2: éstos, a diferencia de los del art. 9.2, tienen como principal punto de referencia la finalidad de la limitación. Si en el artículo 9.2 (especialmente en lo que se refiere al criterio relativo a la explotación normal de la obra), las riendas las lleva el autor, en el artículo 10.2 las lleva la educación. No obstante, sí consideramos que tales criterios pueden resultar, dependiendo del caso en concreto, de cierta utilidad para considerar la licitud de la limitación como uso honrado. Por ejemplo, cuando la acción que pretenda verse

---

específica (el art. 10.2) para tales fines. Ello sin perjuicio de que en el ámbito de aplicación de limitaciones generales fijadas de acuerdo con lo previsto en el test en tres pasos, como, por ejemplo, las relativas a la reprografía o a la copia privada, se admitan las utilidades llevadas a cabo con fines de enseñanza. Úl. op. cit. p. 172 y *Le droit d'auteur...*, (1980), pp. 168-170 y 195-196.

<sup>448</sup> A título de ejemplo la *Decisión 351 de la Comunidad Andina relativa al Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, que en su art. 3 dedicado a las definiciones dispone que serán considerados usos honrados “los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.” Recordemos asimismo que en el art. 22 de la norma citada, referido a las limitaciones con fines de enseñanza, hace mención expresa a los usos honrados como requisito para el ejercicio lícito de la limitación.

<sup>449</sup> S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), p. 793.

<sup>450</sup> M. SENFTLEBEN, *Copyright Limitations and the Three...*, (2002), p. 242.

amparada por la limitación se refiera precisamente a la utilización sistemática de materiales didácticos cuyo uso se licencie a tal efecto en el mercado, afectando, por tanto, a la explotación normal de la obra. Respecto a este último supuesto, recordemos que en algunos países se ha optado por exceptuar a estas obras de las limitaciones de enseñanza<sup>451</sup>. Probablemente en estos casos tampoco se cumplirían los requisitos exigidos por el artículo 10.2.

Ciertamente el conjunto de expresiones citadas —“ilustración de la enseñanza”, “en la medida justificada por los fines perseguidos” y “conforme a los usos honrados”— perfilan el ámbito de aplicación de la limitación, reiterando la cautela que el legislador o los tribunales han de adoptar a la hora de diseñar o aplicar la limitación y que deberá de tener en cuenta otros factores como, por ejemplo, la existencia o no de un derecho de remuneración a favor del autor; (*vid. infra* apartado F sobre las técnicas de restricción).

#### E. Beneficiarios

El Convenio no se detiene a precisar quiénes podrán beneficiarse de la limitación. Las únicas orientaciones que proporciona son las relativas al tipo de de enseñanza en la que se lleve a cabo el acto de explotación —que, recordemos, de acuerdo con lo especificado en las Actas del Convenio, será la impartida en instituciones educativas y universitarias, escuelas municipales y estatales, y escuelas privadas<sup>452</sup>—. Serán pues

---

<sup>451</sup> Sobre las restricciones cualitativas implementadas en otros ordenamientos, entre ellos el nuestro, *vid. infra* Capítulo 3, apartado II.5.

Especialmente ilustrativo es el art. 9 de las *Copyright Regulations* (1978) de Sudáfrica:

“Prohibitions on copies for class-room use or for the use of teachers

9. Notwithstanding the provisions contained in regulations 7 and 8, the following copying shall be prohibited:

(a) Copies may not be used to create or replace or substitute anthologies, compilations or collective works;

(b) no copies may be made of or from works intended to be ephemeral, including workbooks, exercises, standardised tests and test booklets and answer sheets and similar ephemeral material;

(c) copying may not-

(i) be used as a substitute for the purchase of books, publishers' reprints, or periodicals; and

(ii) be repeated in respect of the same material by the same teacher from term to term;”.

<sup>452</sup> Cfr. Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1148.

las limitaciones contenidas en los ordenamientos nacionales las que, si lo estiman conveniente, designarán los sujetos que podrán acogerse a las mismas. En principio, nada impide que éstas se prevean a favor de las entidades de enseñanza enunciadas anteriormente —instituciones educativas y universitarias, escuelas municipales y estatales, y escuelas privadas—, sean éstas públicas o privadas y del personal docente adscrita a las mismas. A nuestro juicio, tampoco es un obstáculo la utilización de la obra por alumnos, si es que tal utilización está relacionada con la ilustración de la enseñanza y no meramente con el estudio personal. También quedarán amparados por la limitación los editores de libros de texto, siempre que la incorporación de la obras a sus publicaciones se realice respetando los restantes requisitos del precepto. A quienes en ningún caso parece dirigirse la limitación es al personal docente o al alumnado que no pertenezca a alguna de las instituciones citadas. Cosa distinta es que, en virtud de la aplicación del art. 9.2 o de la doctrina de las excepciones menores (*vid. infra* apartado 2.1.3), el ordenamiento interno de los correspondientes Estados admita determinados usos educativos por instituciones o personas diferentes de las anteriormente referidas. No olvidemos, nunca estará de más insistir en ello, que las limitaciones con fines educativos perfiladas en las legislaciones nacionales no han de ser necesariamente el reflejo del art. 10.2, sino que se configurarán a partir de todas las limitaciones permitidas por las diversas disposiciones del Convenio.

#### F. Técnica de restricción: de la excepción a las licencias no voluntarias

Algunos de los comentarios vertidos a lo largo del proceso de Estocolmo ponen de manifiesto cierta aversión de los redactores de la reforma de Berna (1967) respecto a la posibilidad de que el artículo 10.2 permita la adopción de un régimen de licencias no voluntarias<sup>453</sup>. Si ésta fuera la interpretación adecuada del artículo 10, entonces, como sugiere RICKETSON, las licencias no voluntarias contempladas los ordenamientos de algunos países podrían entrar en conflicto con lo dispuesto por el Convenio, aunque, señala el autor, podrían justificarse

---

<sup>453</sup> Cfr. Comentarios de la delegación británica en las Main Committee I, Summary Minutes, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 886.

bajo la limitación general del art. 9.2<sup>454</sup>. Aún admitiendo que los redactores de la Conferencia tenían en mente una excepción o uso gratuito, creemos que hay argumentos suficientes para defender su compatibilidad con limitaciones nacionales que incluyan regímenes de licencias no voluntarias. No es que las licencias se vean expulsadas del precepto, es que generalmente el presupuesto de hecho que da lugar al nacimiento de un sistema de licencias —p. ej.: las reproducciones reprográficas realizadas de forma sistemática en los centros educativos—, excede lo permitido por el artículo 10.2. Por el contrario, algunos Estados contemplan en sus limitaciones con fines de enseñanza meras licencias obligatorias que pudieran ser perfectamente compatibles con el art. 10.2. En la mayoría de los casos, los supuestos de hecho que podrían resultar amparados por el art. 10.2 y por las citadas limitaciones son idénticos y, desde luego, la restricción de las prerrogativas del autor es menor que los contornos máximos (uso gratuito) perfilados por el artículo. Prescribir *ex ante* la incompatibilidad de los sistemas de licencias no voluntarias (o gestión colectiva) y el art. 10.2 nos llevaría a una disyuntiva absurda: la elección entre un régimen de utilización gratuita —despojando al titular de toda pretensión económica respecto a una determinada explotación de su obra— o la vigencia absoluta del monopolio del autor. No habría pues soluciones intermedias. Recordemos, en todo caso y una vez más, que el art. 10.2 se limita a enunciar las fronteras dentro de las cuales pueden regular los Estados la libertad de utilizar de obras con fines de ilustración de la enseñanza. Dentro de estas fronteras las disposiciones nacionales pueden ocupar espacios de diferente extensión. Como a tal efecto nos recordaba DESBOIS: *Quien puede lo más puede lo menos*<sup>455</sup>.

---

<sup>454</sup> S. RICKETSON, *The Berne Convention...*, (1987), p. 497 y nota, 104; (esta consideración no aparece, no obstante, en la versión actualizada de la obra, escrita conjuntamente con J. GINSBURG —*International copyright and neighbouring rights: the Berne convention and beyond*—).

<sup>455</sup> H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), pp. 202-203. También admite la posibilidad de implementar licencias no voluntarias respecto a los usos a los que se refiere el art. 10.2 M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d'auteur...*, (1980), p. 182 y 184.

## G. La protección de los derechos morales

Ya por último se exige, en virtud del apartado 3 del artículo 10, “la mención expresa de la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente”, reconociéndose así la debida protección a los derechos morales contemplados en el art. 6 bis<sup>456</sup>. El respeto a la integridad de la obra es igualmente exigible, sin que se entienda vulnerado ante utilización que implique una modificación de la obra<sup>457</sup>. Determinadas utilidades claramente autorizadas por el art. 10.2 —o por el 10.1 relativo a la cita— pueden implicar una modificación de la obra, que, sólo debería permitirse si, una vez más, es realizada en la medida justificada por el fin de la autorización y conforme a los usos honrados. Pensamos, por ejemplo, en la reproducción del detalle de una pintura.

Por otro lado, entendemos que aunque la disposición no lo exija de manera explícita —como sí acontece en el caso del derecho de cita (art. 10.1)— resulta necesario que se trate de una obra ya divulgada.

### *1.3 Otros mecanismos que amparan la introducción en los textos nacionales de limitaciones educativas o con fines de enseñanza: el art. 9.2, los límites implícitos y las “minor exceptions”*

No todas las limitaciones docentes o, más en general, no todas las limitaciones educativas han de fundamentarse en el art. 10.2. Algunas podrán ser toleradas por el Convenio siempre que respeten los criterios contemplados en el artículo 9.2 que, como ya hemos avanzado, dispone 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

---

<sup>456</sup> “Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.”

<sup>457</sup> Véase al respecto, S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), pp. 795-796.

normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

El test en tres pasos se ha incorporado como requisito *adicional* para todas y cada una de las limitaciones facultativas de la DDASI, por la vía del art. 5.5. Para la referencia a su alcance y significado nos remitimos a lo explicado en el apartado II.1.1.C del presente Capítulo.

Por otro lado, como ya hemos sugerido en las páginas precedentes, puede recurrirse a la doctrina de las denominadas *limitaciones implícitas* —que vendría a posibilitar la utilización de traducciones de obras protegidas<sup>458</sup>—; o a la de las *excepciones menores*, «*minor exceptions*» o «*petites réserves*», aplicables a las limitaciones que afectan a los derechos reconocidos en los arts. 11 y ss. del Convenio<sup>459</sup>.

Alguna de estas tres vías servirían para canalizar, por ejemplo y como confirmaremos en el siguiente apartado, las licencias para la reprografía con usos docentes, la elaboración de crestomatías, las limitaciones que amplían los límites subjetivos de la enseñanza —autorizando la utilización a centros distintos de los enunciados con anterioridad—, la utilización de traducciones, así como aquellas autorizaciones legales —realmente comunes en los Estados firmantes del Convenio— a favor de instituciones educativas y relativas a actividades que no pueden calificarse de enseñanza en sentido estricto, pero que están organizadas o llevadas a cabo por aquellas —p. ej., la representación pública de una obra en eventos escolares—.

---

<sup>458</sup> Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1165.

<sup>459</sup> Ya en 1948 se admitió que las limitaciones relativas a la enseñanza podrían admitirse en relación con las excepciones menores: «Votre rapporteur général a été chargé de rappeler par une mention expresse la possibilité de ce qu’il a été convenu d’appeler les petites réserves des législations nationales. Messieurs les délégués de la Norvège, de la Suède, du Danemark et de la Finlande, monsieur le délégué de la Suisse et monsieur le délégué de la Hongrie ont évoqué ces exceptions limitées admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et des nécessités de l’enseignement et de la vulgarisation [...] Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d’une touche légère sans infirmer le principe du droit»; Documentos relativos a la Conferencia, reunida en Bruselas del 5 al 26 de junio de 1948, (Informe General del Sr. Plaisant), cit. en M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d’auteur...*, (1980), p. 187.

*Vid.* igualmente las afirmaciones realizadas al respecto en la Conferencia de Estocolmo, Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1166.



#### *1.4 El CB y las limitaciones educativas (tipología): Breve referencia a algunas de las utilidades permitidas*

Al final del Capítulo 1 proponíamos una tipología de limitaciones educativas. Nos queda ahora verificar qué tipo de limitaciones se corresponden con lo previsto en el art. 10.2 del Convenio, y cuáles, pese a no quedar comprendidas en el ámbito del citado artículo, podrían resultar toleradas por otras disposiciones del texto convencional. Recordemos que, bajo la rúbrica general de limitaciones educativas, distinguíamos entre limitaciones con fines de enseñanza y otras limitaciones vinculadas directa o indirectamente con la educación, pero que no necesariamente van aparejadas a una actividad de enseñanza. Respecto de las primeras diferenciábamos a su vez entre las limitaciones docentes y las referidas a la incorporación de obras y prestaciones protegidas en materiales de naturaleza didáctica.

##### A. Limitaciones con fines de enseñanza: limitaciones docentes

Pues bien, no cabe duda alguna de que al amparo del art. 10.2 se cobijan las limitaciones docentes. Estas limitaciones podrán, de acuerdo con lo previsto en el art. citado, amparar ejemplos tales como la inclusión de extractos de obras protegidas en obras de naturaleza didáctica, la proyección de parte de un documental en una clase<sup>460</sup>, la representación de una obra en una clase de teatro, la lectura de un poema<sup>461</sup> o, en determinados casos puntuales, la fotocopia del fragmento de una obra realizada por un profesor para sus alumnos.

##### B. Limitaciones con fines de enseñanza: la incorporación de obras protegidas en materiales de naturaleza didáctica

Tampoco se plantean grandes interrogantes en lo referido a las limitaciones para la incorporación de obras en otras obras, contenidos, o programas de naturaleza didáctica. Es más, hemos de tener en cuenta que precisamente la redacción del precepto, modificada en 1967, responde a la petición de Bulgaria, Polonia, Rumania y Checoslovaquia

---

<sup>460</sup> M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d'auteur...*, (1980), p. 182.

<sup>461</sup> Implícitamente H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), p. 202.

de que se extienda la aplicación del art. 10.2, inicialmente limitada a la inclusión de obras en publicaciones, a los programas de televisión o radio y a los videogramas y fonogramas, cuyos fines fueran específicamente servir de “ilustración a la enseñanza”<sup>462</sup>. De acuerdo con las Actas de la Conferencia, en el caso de utilizaciones llevadas a cabo mediante la radiodifusión es indiferente el hecho de que pueda ser recibida por la población en general y no exclusivamente por aquellos a los que propiamente se dirige la instrucción<sup>463</sup>.

En cuanto a la incorporación de la obra a otras obras literarias de naturaleza didáctica —por ejemplo, libros de texto—, cabe precisar que en el texto introducido en 1967 desaparece —junto con la referencia a las publicaciones de carácter científico— la mención explícita a las crestomatías o a las antologías con fines educativos. En Estocolmo se entendió que estos usos podrán quedar cubiertos por otras excepciones al derecho de reproducción contempladas en el Convenio<sup>464</sup>, a saber: la cita o el art. 9.2. Y ello sin perjuicio de que, como señala RICKETSON, en determinados casos la inclusión de una parte de una obra en otra de características similares a las enunciadas pueda verse amparada por el precepto que venimos estudiando<sup>465</sup>.

### C. Limitaciones con fines de uso privado o investigación

Otras limitaciones que contraponíamos a las concebidas para la enseñanza eran las previstas de manera explícita para fines de estudio privado o investigación. Nada impide que las partes contratantes introduzcan o mantengan tales limitaciones en su normativa interna, aunque para ello deberán respetar lo dispuesto por el art. 9.2 del CB dado que el art. 10.2 no se refiere a tales usos.

---

<sup>462</sup> Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1147; sobre la votación para la inclusión de esta modificación *vid.* Main Committee I, Summary Minutes, Records of the Stockholm Conference, 1967, pp. 886-887.

<sup>463</sup> S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), p. 793; también Main Committee I, Summary Minutes, Records of the Stockholm Conference, 1967, pp. 886-887.

<sup>464</sup> Main Committee I, Summary Minutes, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 885.

<sup>465</sup> S. RICKETSON, «Chapter 13: Restrictions on the exercise...», (2006), p. 794.

#### D. La utilización en masa de las obras protegidas. Especial referencia a la reprografía

Al referirnos a las limitaciones educativas, mencionábamos la existencia en diversos ordenamientos de limitaciones referidas al uso masivo de la obra en instituciones educativas, y traíamos a colación algunas limitaciones referidas a la reprografía. Si el art. 10.2 es o no compatible con la reprografía en centros educativos ha sido un tema muy discutido por la doctrina. RICKETSON entiende que el art. 10.2 puede amparar la realización por un profesor de copias de una obra e, incluso, su distribución entre los alumnos de centros educativos<sup>466</sup>. Por el contrario, M. SALCZER-SANCHEZ considera que la mención expresa a los medios a través de los cuales ha de instrumentalizarse la utilización —publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales— tiene un carácter limitativo, por lo que si en la reforma llevada a cabo en Estocolmo se hubiera querido aludir a la reprografía se hubiera hecho<sup>467</sup>. Este último autor apoya su argumentación en las actas de las reuniones que, en torno a la cuestión de la reprografía en general —y no sólo la llevada a cabo en centros educativos—, fueron convocadas por los miembros de Berna y de la Convención Universal de Ginebra en la

---

<sup>466</sup> S. RICKETSON, *The Berne Convention...*, (1987), p. 499 en relación con p. 487. Tal opinión se mantiene en la versión actualizada de la obra, realizada por el autor conjuntamente con J. Ginsburg, J. GINSBURG Y S. RICKETSON, *Internacional Copyright...*, (2006), pp. 794-795 en relación con pp. 782-783, aunque, en esta última edición, se introduce una pequeña diferencia de matiz. Así, refiriéndose a los diferentes supuestos con cabida en el art. 9.2, y en particular respecto a la copia con fines de enseñanza, los autores señalan: «This is already dealt with specifically in article 10(2), [...], so it seems reasonable to assume that copying for this purpose would not fall within the scope of article 9(2). Copying of materials for use by students in the course of instruction, however, might well be justified within article 9(2), where this is for the purposes of research and private study, is subject to appropriate limitations, and is subject to compensation»; op. cit. pp. 782-783.

<sup>467</sup> M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d'auteur...*, (1980), pp. 193 y ss.; y «Le droit d'auteur et les nécessités...», (1981), pp. 171-173. Ciertamente las referencias a la reprografía en el Informe del Comité principal (Main Committee Report) de la Conferencia de Estocolmo están limitadas al artículo 9.2. Sin embargo éstas, puede que deliberadamente, eluden cualquier alusión a la reprografía realizada en los centros educativos. Sí se refieren, en cambio y de manera expresa, a las realizadas en empresas o las realizadas para el uso individual o de investigación. *Vid.* Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, pp. 1145-1146.

década de los 60 y 70<sup>468</sup>. A juicio del autor, en las citadas reuniones, en particular en las celebradas en 1973<sup>469</sup>, pareció imponerse la

---

<sup>468</sup> En 1961 el Comité Intergubernamental de Derecho de Autor (UNESCO) y el Comité Permanente de Berna iniciaron conjuntamente los trabajos relativos al problema de la reproducción reprográfica y el derecho de autor, pero sería doce años después, en 1973, cuando se publicaron las *Recomendaciones realizadas por el grupo de trabajo respecto a la reprografía realizada con fines docentes*. Su punto 4 establecía que “El personal docente de los establecimientos de enseñanza de cualquier grado, deberá ser autorizado a hacer un número limitado de reproducciones reprográficas de obras protegidas por el derecho de autor, exclusivamente con fines de enseñanza, en virtud de una licencia de carácter global negociada entre las autoridades docentes y una organización calificada representante de los autores y los editores. Todo autor podrá retirar su obra del régimen de esa licencia, pero en ese caso se protegerá al usuario contra toda posible acción judicial y podrá hacer la copia sin previa petición. Cuando la organización no represente a todos los titulares de derecho de autor sobre las obras que deban reproducirse, el sistema de licencia de carácter global podrá completarse mediante un sistema de licencia obligatoria en virtud del cual se pagará una remuneración a los titulares interesados en las mismas condiciones que las convenidas con la organización”. En su apartado 6 se dispone que “Se reconoce que los países en vías de desarrollo tienen necesidades especiales y que dentro de los límites fijados por las convenciones sobre derecho de autor, no están obligados por ellas a abonar una remuneración en todos los casos mencionados, ni al mismo nivel que el previsto en los párrafos 4 y 5 [relativo a administraciones públicas y entidades comerciales]. Sin dejar de reconocer que un sistema de licencia de carácter global constituye un objetivo deseable, sería necesario que los países en vías de desarrollo ajusten sus disposiciones legislativas referentes a la reproducción reprográfica en función de sus necesidades particulares.” *Vid.* sobre las recomendaciones y los antecedentes: Examen de la posibilidad de elaborar un instrumento internacional relativo a la reproducción reprográfica de obras protegidas por el derecho de autor, Documento de la Unión de Berna (B/EC/VI/2) y de la UNESCO (Comité Intergubernamental de Derecho de Autor), de 8 de noviembre de 1973; y Recomendaciones realizadas por el grupo de trabajo respecto a la reprografía realizada con fines docentes, en Informe del Grupo de trabajo sobre la reproducción reprográfica de obras protegidas por el derecho de autor, en OMPI, *Le Droit d’auteur*, septiembre 1973. Las recomendaciones propuestas no serían adoptadas ni por el Comité ejecutivo de la Unión de Berna, ni por el Comité Intergubernamental de Derecho de autor, que se limitaron a aprobar sendas resoluciones en las que se reconocía que el asunto no se hallaba lo suficientemente maduro y que era necesario profundizar en el estudio de la cuestión; cfr. Resolución del Comité Ejecutivo de la Unión de Berna relativa a la reproducción reprográfica y Resolución 64 (XIII) de la UNESCO sobre la reproducción reprográfica de obras protegidas por el derecho de Autor, reproducidas como Anexo en Proyecto de Informe presentado por la Secretaría y aprobado por el Comité, Documento de la UNESCO, (Comité Intergubernamental del Derecho de Autor), ICG/XII/17, de 15 de febrero de 1974.

En 1975, un subcomité por cada una de las organizaciones, creados *ad hoc* para el estudio de la reprografía y los derechos de autor, se reunió en Washington, donde se adoptó una resolución en la que se acuerda no implementar medidas al respecto en los textos internacionales. La resolución incluye varias recomendaciones a los Estados parte de alguna

consideración de que el apartado 2 del art. 10 no abarcaba la reprografía realizada en centros educativos<sup>470</sup>. Si bien es cierto que ésta fue la opinión sostenida por algunos de los participantes —en particular por los representantes de los editores—, no ha de obviarse que algunas delegaciones insistieron en que el art. 10.2 podría aplicarse a “determinadas prácticas” efectuadas con fines docentes<sup>471</sup>. En nuestra opinión, las palabras de RICKETSON deben interpretarse en este sentido. De hecho, como el profesor australiano señalaba en 1987, la realización de una cantidad considerable de copias para el uso en clase por los estudiantes puede considerarse contrario a los usos honrados, y por ello, a lo prescrito por el art. 10.2<sup>472</sup>. Tales utilizaciones podrán, no obstante, ser configuradas como limitaciones en los ordenamientos internos si en su definición respetan lo exigido por el art. 9.2.

---

de las dos convenciones. La primera de ellas estima que debe ser cada uno de los Estados el que se resuelva el problema de la reprografía, tomando cualquier medida que, entre otras apreciaciones, se adapte mejor a su desarrollo educativo. Además se recomienda a aquellos Estados en los que se ha generalizado la actividad reprográfica que consideren la implementación de sistemas colectivos para ejercitar y administrar los derechos de remuneración. Cabe recordar que en la resolución se destaca el papel que juega la reprografía en la difusión de conocimientos al tiempo que se subraya que la libertad de reproducción reprográfica cuando es ejercida de forma sistemática puede dañar los intereses de los autores. *Vid.* Informe del Subcomité del Comité ejecutivo de la Unión internacional por la protección de las obras literarias y artísticas sobre la reproducción reprográfica y del Subcomité del Comité intergubernamental del derecho de autor sobre la reproducción reprográfica, reunidos en Washington 16-21 de Julio de 1975, reproducido en OMPI, *Le Droit d'Auteur*, Julio 1975, pp. 158-176 y en UNESCO, *Bulletin du droit d'auteur*, vol. IX, n.º 2/3, (1975), pp. 17-49.

<sup>469</sup> Cfr. Informe del Grupo de Trabajo sobre la reproducción reprográfica de obras protegidas por el Derecho de Autor, celebradas en la Casa de la UNESCO, en París, los días 2-4 de mayo de 1973, en Examen de la posibilidad de elaborar un instrumento internacional..., pp. 11 y 14 del Anexo.

<sup>470</sup> M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d'auteur...*, (1980), pp. 192 y ss.; «Le droit d'auteur et les nécessités...», (1981), pp. 171-173.

<sup>471</sup> Cfr. Informe del Grupo de Trabajo sobre la reproducción reprográfica de obras protegidas por el Derecho de Autor, celebradas en la Casa de la UNESCO, en París, los días 2-4 de mayo de 1973, en Examen de la posibilidad de elaborar un instrumento..., pp. 11 y 14 del Anexo.

<sup>472</sup> S. RICKETSON, *The Berne Convention...*, (1987), p. 498. *Vid.* no obstante los matices posteriormente expuesto en la revisión de sus trabajos realizada en 2006. Reproducidos supra nota 466.

## E. La utilización de la obra en eventos escolares

Finalmente aludíamos a la existencia de limitaciones referidas a la representación de una obra en eventos escolares. Como acabamos de ver, dichas limitaciones se tomaron como ejemplo de aplicación de las *minor exceptions*, por lo que será ésta y no la aplicación del art. 10.2 el fundamento jurídico para legitimar tales limitaciones estatales en relación con el Convenio de Berna.

## *2 Las licencias para los países en desarrollo: el Anexo a Berna*

Estudiaremos en las páginas que siguen el régimen jurídico que el Anexo a Berna dispone a favor de los países en desarrollo. El Anexo contiene un régimen de licencias no voluntarias para la reproducción y traducción de obras protegidas con fines educativos. Este instrumento convencional ha sido muy poco estudiado por la doctrina y muy poco aplicado por las partes contratantes. A ello no es sin duda ajena la complejidad y la extensión de sus disposiciones. Lo advertirá el lector en las páginas que siguen. No obstante, el Anexo al CB ha recuperado en los últimos años cierto protagonismo, atrayendo la atención de ciertas corrientes doctrinales preocupadas por dar solución a algunos aspectos de la brecha digital.

### *2.1 Introducción. Apuntes históricos*

#### A. De Brazzaville a Estocolmo

El Derecho de autor internacional se ha erigido a partir de la preocupación por asegurar la protección de los derechos de los autores<sup>473</sup>. El análisis de los textos formulados bajo los auspicios de la Unión de Berna (y posteriormente de la OMPI) pone de manifiesto como a través de los años se ha ido reforzando el nivel de protección<sup>474</sup>,

---

<sup>473</sup> J. FORNS, "Derecho de la propiedad intelectual...", (1951), pp. 1006 y ss.

<sup>474</sup> Por todos, y confrontándolo especialmente con los intereses de los países en vías de desarrollo, S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 884.

que, además, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 19<sup>475</sup> y 20<sup>476</sup> del Convenio, se configura como mínima. Sin miedo a que nos tiemble el pulso nos atrevemos a afirmar que la preocupación por facilitar un acceso o la utilización de las obras protegidas ha permanecido al margen del Derecho internacional<sup>477</sup>. La culminación del proceso de descolonización forzaría —o, como concluiremos al final de este apartado, intentará forzar— un cambio de rumbo, un pequeño alto en el camino<sup>478</sup>. Los nuevos Estados independientes, generalmente países en vías de desarrollo, empiezan a reclamar un acceso más fácil a las obras que facilite su expansión cultural, social y educativa<sup>479</sup>. En particular y en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, los países en vías de desarrollo reivindican un régimen específico que les ayude a superar algunas de las dificultades a las que se enfrentan cuando

---

<sup>475</sup> “Las disposiciones del presente Convenio no impedirán reivindicar la aplicación de disposiciones más amplias que hayan sido dictadas por la legislación de alguno de los países de la Unión.”

<sup>476</sup> “Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables.”

<sup>477</sup> Ya en Capítulo 1, apartado III.4.2 comentábamos que la articulación del equilibrio entre los intereses de los usuarios y los de los autores, en particular el implementado a través del juego entre los derechos y limitaciones, tiene lugar no en el seno de los textos internacionales, que, salvo contadas excepciones establecen limitaciones generales, sino en el Derecho interno. La ausencia de una política pública internacional, especialmente en una época como la actual caracterizada por la globalización comercial y por la internacionalización del derecho de la propiedad intelectual, ha sido denunciada por la doctrina. Tradicionalmente se ha entendido que son los Estados quienes mejor conocen las necesidades de sus usuarios, por lo que es lógico que sean ellos quienes implementen sus políticas públicas para responder a tales necesidades y se sirvan de las limitaciones allá donde las necesiten. No obstante, es cierto que tanto los textos internacionales, especialmente tras la adopción del TRIPs, como las prácticas comerciales (tratados bilaterales o multilaterales), imponen serias restricciones, jurídicas y políticas, a la libertad de los estados para implementar las pretendidas políticas públicas. Otra de las razones esgrimidas para no abordar el problema de las limitaciones en los textos internacionales ha sido la diversidad de regímenes existentes alrededor del mundo. Es más, insistentemente, en la arena internacional o en la comunitaria, se ha afirmado que una armonización en la materia podría herir sensibilidades nacionales. Al respecto consúltese el apartado mencionado y la bibliografía citada *ut supra* nota 376.

<sup>478</sup> Por todos, S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), pp. 883 y ss.

<sup>479</sup> Preparatory Documents: S/1, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 142.

intentan dar respuesta a la necesidad imperante de desarrollar sus propios sistemas educativos<sup>480</sup>. Sus primeras reivindicaciones se realizan en el marco de la Convención Universal<sup>481</sup>. Suele citarse el Seminario de Brazzaville (1963)<sup>482</sup> —organizado por la UNESCO y por BIRPI<sup>483</sup> para ofrecer asistencia a los países africanos en la preparación de sus normas sobre Derecho de autor—, como el origen, el hito fundamental de las reivindicaciones —*the Southern revolt*<sup>484</sup>—. Entre las recomendaciones adoptadas en Brazzaville se contempla la de permitir el uso gratuito de las obras protegidas para fines educativos y escolares<sup>485</sup>. Menos ambiciosa, la delegación india propone ese mismo año, en una reunión conjunta del Comité Intergubernamental de la Convención Universal y de la Unión de Berna, que se estudie la posibilidad de introducir en el Convenio de Berna un sistema de licencias obligatorias para la reproducción de obras protegidas con fines educativos así como licencias de traducción similares a las que ya existían en la Convención Universal<sup>486</sup>. En este contexto se constituye un Grupo de trabajo *ad hoc* que, en su informe de 1964 y de cara a la futura reforma de Estocolmo, propone la introducción de

---

<sup>480</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971; p. 71.

<sup>481</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 887-888; A. STORY, Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet, documento preparatorio para la realización del informe de la Commission on Intellectual Property Rights: Intellectual Property Rights and Development Policy (2002), por encargo del gobierno británico. Accesible en <http://www.iprcommission.org/graphic/documents.htm>.

<sup>482</sup> *Vid.* al respecto S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), pp. 888-890.

<sup>483</sup> Bureaux Internationaux Réunis pour la protection de la Propriété Intellectuelle, oficina encargada de la administración del Convenio de Berna. BIRPI sería la precursora de la OMPI, creada por el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

<sup>484</sup> Término utilizado en A. STORE / C. DARCH / D. HALBERT, *The Copy/South Dossier...*, (2006), p. 150. En la obra se dedica una sección específica “Section 5. Resistance from the south to the Global Copyright System”, a los intentos de resistencia frente a la privatización del copyright protagonizados por países en vías de desarrollo, desde la sublevación de Brazzaville hasta la actualidad; op. cit. pp. 147-175.

<sup>485</sup> Preparatory Documents S/1, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 137. S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), pp. 888-889. S. BASALAMAH, «Compulsory Licensing for translation...», (2000), p. 3.

<sup>486</sup> Preparatory Documents S/1, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 137. S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 889; S. BASALAMAH, «Compulsory Licensing for translation...», (2000), p. 3.



modificaciones a favor de los países en desarrollo, entre ellas la posibilidad de que éstos se reserven la determinación de las regulaciones para la protección de obras si son utilizadas con fines educativos<sup>487</sup>. Desde entonces se suceden diferentes reuniones en las que la posición de los autores y, representando sus intereses, la de los países importadores de obras protegidas<sup>488</sup> es bastante reacia a cualquier concesión. Las diferentes propuestas van tomando forma hasta que se acuerda el texto que se presentaría en el Programa de la Conferencia de Estocolmo<sup>489</sup>. Durante la Conferencia el conflicto de intereses se polariza de manera manifiesta<sup>490</sup>: los países en vías de desarrollo reclaman, en línea con lo que ocurría en otros foros internacionales, la deuda moral a la que debía responder occidente tras siglos de colonización; mientras que los países desarrollados, principalmente el Reino Unido, entienden que la propuesta no representaba sino un medio de asistencia a los países más necesitados a costa de los derechos privados de los autores<sup>491</sup>. Finalmente, en 1967, se aprueba, con el gran paquete de reformas que acompaña a la Conferencia de Estocolmo, el denominado *Protocolo relativo a los países en vías de desarrollo*<sup>492</sup>. A grandes rasgos se prevé a favor de los países en desarrollo la disminución de los plazos de protección hasta un tope de 25 años; se contempla el denominado régimen de los diez años para el derecho de traducción; y se regulan las licencias obligatorias para la reproducción y la radiodifusión y, con un ámbito más amplio —cualquier tipo de utilización—, las licencias con fines pedagógicos<sup>493</sup>. Éstas últimas, según lo dispuesto por el art. 1 letra e)<sup>494</sup> permitirían a los

---

<sup>487</sup> Preparatory Documents S/1, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 138.

<sup>488</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 892.

<sup>489</sup> Preparatory Documents: S/1, Records of the Stockholm Conference, 1967, pp. 139 y ss.

<sup>490</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), pp. 899 y ss.

<sup>491</sup> Las posiciones de los Estados de la Unión fueron recogidas en las Actas del Comité Principal II; véase Main Committee II, Summary Minutes, Records of the Stockholm Conference, 1967, pp. 947-987.

<sup>492</sup> Records of the Stockholm Conference 1967, pp. 1313-1319.

<sup>493</sup> Records of the Stockholm Conference 1967, pp. 1317-1318.

<sup>494</sup> “Todo país, considerado como país en desarrollo conforme a la práctica establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que ratifique el Acta del presente Convenio, de que forma parte integrante el presente Protocolo, o que se adhiera a ella y que, por su situación económica y sus necesidades sociales o culturales, considere que no está en condiciones de adoptar inmediatamente las disposiciones necesarias para asegurar la

países en vías de desarrollo introducir limitaciones con fines de enseñanza, estudio e investigación, siempre que las mismas previeran una compensación conforme a los estándares de pago para los autores nacionales<sup>495</sup>.

## B. De la crisis de Estocolmo al Acta de París

El Protocolo de Estocolmo nunca entraría en vigor debido fundamentalmente a las reticencias de los países desarrollados a su firma, expresadas con gran virulencia por el Reino Unido<sup>496</sup>. También Estados Unidos, que estaba preparando su legislación para que resultara adecuada al Convenio, manifiesta su oposición categórica a pasar a formar parte de la Unión si se mantienen las disposiciones relativas a los países en desarrollo. Por el contrario, los países en vías de desarrollo consideran las disposiciones de Estocolmo absolutamente insuficientes. En este contexto las reacciones de países como Francia o Túnez son drásticas: proponen eliminar el protocolo del Convenio<sup>497</sup>. No obstante, ello se consideraría políticamente poco recomendable ya que provocaría la huida de los países en vías de desarrollo a la Convención Universal —afectando seriamente a las pretensiones universalistas de la Unión de Berna—, donde ya se estaba

---

protección de todos los derechos, tal y como están previstos en esta Acta podrá declarar, mediante notificación al Director General en el momento de su ratificación o de su adhesión que comprenda el Artículo 21 de dicha Acta, que durante los diez primeros años en que sea parte de ella [...] se reservará el derecho, exclusivamente con fines de enseñanza, estudio o investigación, en todos los campos de la educación, a restringir la protección de las obras literarias y artísticas, a condición de que en la legislación nacional se adopten disposiciones oportunas para asegurar al autor una remuneración que esté de acuerdo con las normas de retribución aplicables a los autores nacionales; el pago y la transferencia de la remuneración quedarán sometidos a la reglamentación nacional en material de divisas. Los ejemplares de una obra publicada en aplicación de las reservas hechas en virtud de este párrafo se podrán importar y vender en otro país de la Unión para los fines antes indicados cuando este último país se haya prevalido de las citadas reservas y no prohíba esa importación ni esa venta. Cuando no cumplan las condiciones precitadas, se prohibirá la importación y la venta de esos ejemplares, en un país de la Unión que no sea beneficiario del presente Protocolo, sin el consentimiento del autor o sus derechohabientes”.

<sup>495</sup> En general, sobre el Protocolo de Estocolmo *vid.* S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), pp. 899-913.

<sup>496</sup> A. STORY / C. DARCH / D. HALBERT, *The Copy/South Dossier...*, (2006), p. 151.

<sup>497</sup> R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), p. 4.

reflexionando sobre la eliminación de la cláusula de salvaguarda que privaba de protección a los países que se habían retirado del Convenio de Berna. Este período se ha identificado como una de las más importantes crisis internacionales del Derecho de autor, ya que la no ratificación del protocolo, al configurarse como parte integrante del Convenio<sup>498</sup>, paralizaba la entrada en vigor de la importante reforma llevada a cabo en Estocolmo.

Ante la previsión de la inminente reforma de la Convención Universal<sup>499</sup> y la escasa aceptación del Protocolo de Estocolmo, se acuerda la Creación de un Grupo mixto (de la Unión de Berna y la Convención Universal) de estudio del Derecho internacional de autor, con el fin de profundizar en el análisis de dos cuestiones. Por un lado, en la problemática que planteaban las existencia de dos convenciones sobre el Derecho de autor con carácter internacional, así como en los métodos que eventualmente habían de aplicarse para establecer los vínculos entre ambas. Por otro, en el establecimiento de un mecanismo internacional que permitiera a los países en vías de desarrollo un acceso más fácil a las obras protegidas, respetando al mismo tiempo los derechos de los autores<sup>500</sup>. En relación con este último punto el Grupo de Trabajo publica las denominadas *Recomendaciones de Washington* (1969)<sup>501</sup>, en las que se propone la revisión simultánea de la Convención Universal y el Convenio de Berna. A las *Recomendaciones de Washington* le sigue una dura negociación entre los países en vías de desarrollo —que manteniendo los argumentos ya esgrimidos en Brazzaville argüían que la regulación del derecho de autor estaba pensada principalmente para los países desarrollados— y los Estados desarrollados —ansiosos de preservar el nivel de protección—. Éstos

---

<sup>498</sup> *Vid.* art. 1 del Protocolo de Estocolmo. Sobre el estado de las ratificaciones del Acta de Estocolmo en 1971, *vid.* Rapport du Directeur général de l'OMPI, Rappel historique de la préparation de la révision de la Convention de Berne, (1971), *Le Droit d'Auteur*, février 1971, p. 19.

<sup>499</sup> Sobre las orígenes históricos de la Convención Universal véase: UNESCO, Informe introductorio redactado por la Secretaría de la UNESCO, Conferencia de Revisión de la Convención Universal sobre Derecho de Autor, (1971), Documento INLA/UCC/4, de 21 de mayo de 1971, pp. 3 y ss.

<sup>500</sup> Rapport du Directeur général de l'OMPI..., (1971), pp. 20-21.

<sup>501</sup> Publicadas en OMPI, *Le Droit d'Auteur*, 1969, p. 228.

estaban realmente presionados por sus autores y editores que estimaban que, pese a que el objetivo de favorecer el acceso a las obras protegidas por los países empobrecidos era digno de encomio, no era función de los titulares de derechos financiar su desarrollo económico. Al resultado de estas negociaciones se le denomina el *Package Deal*<sup>502</sup>. Este será el punto de partida para las Conferencias que, de manera simultánea<sup>503</sup>, se celebrarán en 1971 en París, donde se procede en paralelo a la reforma de ambas Convenciones, y que, entre otros resultados, culminará con la adopción del Anexo a Berna, prácticamente idéntico a los nuevos artículos Vbis-Vquater de la Convención Universal<sup>504</sup>.

## 2. 2 Régimen jurídico del Anexo

### A. Introducción

El objetivo fundamental del Anexo es responder a las necesidades de los países en vías de desarrollo, facilitándoles el acceso a las obras protegidas cuando éstas van a ser utilizadas en el marco de la enseñanza —y, en algunos casos, la investigación—, sin debilitar la protección a los autores<sup>505</sup>. Se ha afirmado que, de hecho, el Anexo es el único instrumento en el Derecho de autor internacional que tiene como objetivo facilitar el acceso masivo (*bulk access*) a las obras protegidas por

---

<sup>502</sup> R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), p. 12.

<sup>503</sup> La finalidad de la reforma simultánea era precisamente armonizar, al menos en relación con el régimen de los países en vías de desarrollo, el contenido de ambas convenciones, y evitar que con la excusa del régimen especial previsto en sólo una de ellas se abandonara una convención por otra. R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), p. 2.

<sup>504</sup> Sobre las diferencias formales y de fondo entre ambas convenciones véase H. DESBOIS, «La conférence diplomatique de révision...», (1971).

<sup>505</sup> El Anexo viene a reconocer la preocupación de los países en vías de desarrollo que «piensan que la protección de los derechos del autor en el ámbito de los libros y los materiales de enseñanza, por ejemplo, les puede dificultar alcanzar sus objetivos en materia de investigación y educación. Esta inquietud fue manifestada claramente en la Conferencia de Estocolmo de 1967 y sigue en vigencia hoy en día»; Intellectual Property Rights Commission, Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo. Informe Final de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, (versión española), p. 96.

derechos de propiedad intelectual y que reconoce de manera “pro-activa” la importancia que tal acceso para el desarrollo económico<sup>506</sup>.

Cabe adelantar que las disposiciones del Anexo se constituyen como un marco, un conjunto de reglas mínimas que deberán ser desarrolladas por el Derecho interno de los Estados que se acojan al régimen previsto en sus disposiciones, por lo que existe un margen de interpretación bastante amplio. Por otro lado, la redacción del articulado es poco precisa, de ahí que para su análisis acudamos con bastante frecuencia al Informe General (*Rapport Général*) de la Conferencia de Revisión, bastante escueto si lo comparamos con el aprobado en el seno de la reforma de la Convención Universal, el *Informe Kaminstein* —al que también, dado el paralelismo entre ambas, nos remitiremos con frecuencia en las páginas que siguen—<sup>507</sup>. Es conveniente, asimismo, tener en cuenta las observaciones del *Grupo de trabajo sobre la formulación de principios de orientación sobre el sistema de traducción y de reproducción para países en desarrollo según los convenios de derecho de autor*, presentadas en el documento “Sugerencias para la aplicación del sistema de licencias de traducción y de reproducción para países en desarrollo según los convenios de derecho de autor”<sup>508</sup>, (de ahora en adelante *Sugerencias*).

La herramienta para cumplir con el objetivo indicado es la posibilidad que el Anexo —parte integrante del Convenio<sup>509</sup>— otorga a los países en vías de desarrollo para que sustituyan, bajo condiciones muy estrictas, los derechos de traducción y reproducción previstos en los artículos 8 y 9 CB, por un régimen de licencias temporales, no exclusivas, intransferibles y onerosas otorgadas a los nacionales de sus Estados y relativas a la traducción (art. II) y reproducción (art. III) de obras protegidas con fines educativos<sup>510</sup>. Las licencias operarán de

---

<sup>506</sup> R. OKEDIJI, «Fostering access to education...», (2004), p. 5.

<sup>507</sup> En sentido similar, S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 924.

<sup>508</sup> Grupo de Trabajo sobre la formulación de principios de orientación sobre el sistema de licencias de traducción y de reproducción para países en desarrollo según los convenios de Derecho de Autor; Informes de reuniones; UNESCO, *Boletín de Derecho de Autor*, (1983), pp. 24-40.

<sup>509</sup> Art. 21 del CB.

<sup>510</sup> OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p.175.

forma subsidiaria: sólo se activarán si ha quedado patente el desinterés del titular de derechos de autor en efectuar la explotación autorizada por la licencia. A tal efecto se introducen ciertas cautelas, temporales (plazos de exclusividad y de gracia) y procedimentales (obligaciones de información), para asegurarse de que el titular no pretende realizar por sí mismo, o mediante persona autorizada, la explotación.

Si lo comparamos con el Protocolo de Estocolmo, el Anexo aprobado en París ofrece más garantías a los autores<sup>511</sup>. Recordemos que el primero de los textos citados introducía diversas disposiciones a favor de los países en desarrollo: la posibilidad de disminuir el período de protección hasta 25 años; de acogerse al régimen de los diez años respecto al derecho de traducción; la introducción de licencias obligatorias muy restrictivas para la traducción, reproducción, y radiodifusión; y, directamente relacionado con nuestro objeto de estudio, las licencias con fines educativos, que facilitaban en sentido amplio la utilización de obras con fines educativos en unas condiciones mucho más favorables que las requeridas para las restantes licencias<sup>512</sup>. Pues bien, el nuevo apéndice se limita a contemplar la concesión de licencias con fines educativos bajo los estrictos requisitos formulados antaño para las licencias traducción, radiodifusión y reproducción. Desparecen, por tanto, las licencias generales así como las restantes concesiones relativas a los plazos de protección y el derecho de traducción. El conjunto de disposiciones del nuevo Anexo muestran un celo extremo por los derechos de los autores.

El Anexo se compone de 6 artículos presentados bajo números romanos. El primero de ellos delimita las condiciones que deberán cumplir los Estados que deseen acogerse al régimen de licencias. El artículo II contempla las disposiciones específicas de las licencias de traducción, mientras que el art. III se ocupa de las de reproducción. El art. IV contempla las disposiciones comunes a ambas licencias, en particular en lo que se refiere al procedimiento para la concesión de la licencia y a determinadas condiciones que han de respetar los “licenciarios”, entre ellas el pago de una remuneración. El art. V

---

<sup>511</sup> H. DESBOIS, «La conférence diplomatique de révision...», (1971), pp. 49 y 55.

<sup>512</sup> *Vid.* supra nota 494, donde se reproduce el texto del art. 1 e) del Protocolo de Estocolmo.

ofrece a los países en desarrollo la facultad de optar, de manera irrevocable, entre el régimen previsto en el Anexo y “el régimen de los diez años”, previsto en el art. 30.2 para el derecho de traducción. Finalmente el art. VI prevé la aplicación anticipada del Acta. En las páginas que siguen nos centraremos en lo dispuesto en los arts. I-IV.

Antes de analizar el régimen específico de las licencias cabe preguntarse por qué las disposiciones a favor de los países en desarrollo se formulan en un Anexo y no en el cuerpo del Convenio. Tal opción, teniendo en cuenta que se regulan derechos privados —en un texto que, por otro lado, está orientado al establecimiento de principios generales—, resulta, a juicio de RICKETSON, absolutamente lamentable<sup>513</sup>. Entre las razones esgrimidas para justificar la regulación de las disposiciones a favor de los países en vías de desarrollo en un apéndice al Convenio, se ha mencionado la extensión: las disposiciones sustantivas del Convenio y el Anexo tienen la misma extensión. Por otro lado, estas últimas son muy complejas si las comparamos con el resto del articulado. También se ha subrayado que el apéndice al Convenio tiene vocación temporal, sólo resultará aplicable mientras los países miembros de la Unión no consigan superar sus necesidades<sup>514</sup>.

## B. Países beneficiarios del Anexo

Podrán acogerse al régimen especial previsto en el Anexo los países miembros del Convenio que sean considerados, de conformidad con la práctica establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como países en desarrollo<sup>515</sup> y que, a la vista de su situación económica

---

<sup>513</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 957.

<sup>514</sup> Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 142.

<sup>515</sup> El criterio de la «práctica» —que aparece también en el art. Vbis de la Convención de Ginebra— es ciertamente vago. A la hora de valorar si un país puede ser calificado o no como país en desarrollo podrán tenerse en cuenta los índices de desarrollo humano publicados en el marco del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), pero no serán determinantes. Véase R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), p. 24; H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), p. 262; RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 926. El texto no distingue entre países en desarrollo y países menos adelantados, por lo que podrían recibir el mismo tratamiento países como Liberia y Brasil. La diferenciación sí tiene relevancia por ejemplo a efectos de la aplicación de los tratados de la OMC. Mientras existe una lista de países menos

y sus necesidades sociales y culturales<sup>516</sup>, consideren no estar en condiciones de aplicar de inmediato las disposiciones que aseguren el nivel de protección previsto en Berna.

Los Estados que deseen beneficiarse del régimen previsto en el Anexo deberán declararlo, en el momento de su adhesión o en cualquier fecha posterior, mediante notificación ante el Director General de la OMPI advirtiéndole que harán uso de las facultades contempladas en el artículo II (licencias de traducción) y/o en el art. III (licencias de reproducción)<sup>517</sup>. Las declaraciones serán válidas hasta la expiración de un período de diez años desde la entrada en vigor del Acta de París —10 octubre 1974— y podrán ser renovadas por idénticos períodos sucesivos<sup>518</sup>, excepto si el país dejara, durante el período de vigencia de la declaración, de ser considerado un país en vías de desarrollo<sup>519</sup>. En

---

adelantados ([http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org7\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org7_s.htm)) la consideración de países en vías de desarrollo habrá de ser invocada por el Estado en cuestión, aunque los órganos de la OMC no siempre aceptan esta autonomización. El art. 66 del TRIPs concede la posibilidad de otorgar a los países menos adelantados prórrogas para la aplicación de todas las disposiciones del tratado. *Vid.* al respecto S. BASALAMAH, «Compulsory licences for translation...», (2000), pp. 7-8. Nótese no obstante que en los documentos relativos al Programa de la OMPI para el Desarrollo sí se hace referencia a los países menos adelantados. *Vid.* infra apartado 2.4 *in fine* y textos relacionados en las notas al pie.

<sup>516</sup> «La “situación económica” y las “necesidades sociales o culturales” constituyen un elemento de hecho cuya apreciación se confía a las autoridades del país interesado», OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 176. *Vid.* también R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), pp. 24-26; o H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), pp. 262-263. Nótese que en el artículo paralelo de la Convención Universal, art. Vbis, se optó sólo por el primero de los criterios, al estimar que el segundo de ellos, referido a las situación económica y necesidades sociales del país, “no añadía nada al criterio básico”; Cfr. UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 69, par. 53.

<sup>517</sup> Sin perjuicio de lo previsto en el art. V.1c), que prescribe la incompatibilidad de la licencia de traducción con el régimen de especial sobre la traducción previsto en el art. 30.

<sup>518</sup> Art. I.2.a) y b) del Anexo CB, que disponen que la declaración de renovación se ha de realizar entre los quince y tres meses previos a la expiración del período decenal en curso; con la finalidad de que los demás Estados conozcan con suficiente antelación si el período de diez años expiará o no en una fecha determinada; Cfr. UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 69, par. 54.

<sup>519</sup> Teniendo en cuenta que no se establece una obligación de retirar las declaraciones formuladas en relación con el Anexo, cabe plantearse cómo se tomará la decisión de cuándo



este último caso se podrá hacer uso de las facultades contempladas en el Anexo hasta la expiración del decenio en curso o durante un período de tres años, si es que este último plazo es superior a aquel<sup>520</sup>. Si las declaraciones dejaran de surtir efecto podrán seguir siendo puestos en circulación los ejemplares producidos al amparo de las licencias hasta agotar existencias<sup>521</sup>.

La atenuación del nivel de protección exigido en Berna en virtud de las licencias se sustrae, por temor a las represalias que pudieran tomar los países desarrollados y a diferencia de lo que acontece en relación con el régimen de los diez años para el derecho de traducción, al principio de reciprocidad<sup>522</sup>.

### C. Alcance de las licencias. Obras y derechos afectados

Los artículos II y III permiten que la autoridad competente de un país en vías de desarrollo que se haya acogido a lo dispuesto en el Anexo otorgue a los nacionales de su país licencias para la traducción (art. II) o licencias para la reproducción (art. III) de determinadas obras, siempre que los ejemplares producidos al amparo de las licencias se destinen a un fin educativo o, en determinados casos, de investigación.

#### *c1 Las licencias generales de traducción*

Las licencias reguladas en el art. II —licencias generales de traducción— afectarán a todo tipo de obras publicadas en forma de edición impresa o cualquier forma análoga de reproducción<sup>523</sup> —«mecanografía, procedimientos *offset*, etc...»<sup>524</sup>—, si bien tratándose de obras compuestas principalmente de ilustraciones —por ejemplo libros de arte— resultará necesario cumplir, además, con las condiciones de las

---

un país deja de ser considerado un país en desarrollo a efectos del CB, *vid.* S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), pp. 928-930.

<sup>520</sup> Art. I.3 del Anexo CB.

<sup>521</sup> Art. I.4 del Anexo CB.

<sup>522</sup> Art. I.6 del Anexo CB. *Vid.* al respecto, H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), p. 256; OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 181.

<sup>523</sup> Art. II.4 del Anexo CB.

<sup>524</sup> OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 182.

licencias de reproducción reguladas en el art. III<sup>525</sup>. La alusión a la forma impresa o análoga excluye de su ámbito de aplicación la traducción de obras que no estén disponibles en un formato accesible para la lectura<sup>526</sup>. No obstante, el art. II.9, en su letra *c*) establece una excepción: la traducción de un texto incorporado o integrado en una fijación audiovisual en el caso de las licencias otorgadas a organismos de radiodifusión (*vid. infra* apartado C2)<sup>527</sup>.

La traducción deberá realizarse a un idioma de uso general en el país en el que se otorga la licencia. La expresión idioma de uso general sustituye a la inicialmente propuesta de idioma oficial<sup>528</sup> y comprenderá todo aquel que sea de uso cotidiano en el país beneficiario. Podrá considerarse idioma general el hablado en una región determinada, el de un grupo étnico o, incluso, la lengua utilizada con fines particulares, por ejemplo en la Administración pública o en la educación<sup>529</sup>. El idioma en el que se realice la traducción influirá en los plazos a partir de los cuales podrá concederse la licencia, (*vid. infra* E4).

---

<sup>525</sup> Art. II.7 del Anexo al CB.

<sup>526</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 930. *Vid.* también OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), pp. 182-183: «lo que esencialmente interesa para el desarrollo, son las recopilaciones de obras literarias (enciclopedias o antologías), los manuales escolares, los tratados de física, de química, de mecánica, de ciencia del espacio y otras técnicas y no —por ejemplo— unas cuantas canciones de moda o el último éxito teatral de París o de Londres». Nótese que en el caso de la Convención Universal la interpretación es todavía más restrictiva. En las Actas de la revisión de la Convención Universal expresamente se excluyó del ámbito de aplicación de las licencias de traducción las palabras, el libreto o el texto de las composiciones musicales. Cfr. UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 79, par. 87; H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), pp. 270-272.

<sup>527</sup> De acuerdo con el Informe del relator general de la Convención Universal: “el material de que se trate consiste exclusivamente en material docente publicado, como por ejemplo, películas de enseñanza y video-casetes, películas fijas, diapositivas y diafonías, combinadas con algún texto que pueda ser parte de una banda sonora o de una grabación complementaria”; UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 79, par. 85.

<sup>528</sup> Artículo I del Protocolo adoptado en Estocolmo.

<sup>529</sup> OMPI, Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971p. 176, par. 30. Se permite por tanto la traducción la obra de un idioma de un país desarrollado a otro idioma de un país desarrollado, siempre que este último sea de uso general en el país en el que se realiza la traducción; OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 185.

La explotación de las obras licenciadas sólo podrá hacerse a través de su publicación, también en forma impresa o análoga, quedando, por tanto, limitada a la reproducción y a la distribución de ejemplares que permitan leer la obra o conocerla visualmente, excluyéndose las grabaciones sonoras o las audiovisuales<sup>530</sup>. Los destinatarios naturales de las licencias parecen ser los editores de los países en vías de desarrollo.

### *c2 Las licencias de traducción para radiodifusión*

Sin perjuicio de la aplicación de los requisitos relativos al idioma de traducción, las licencias de traducción a favor de los organismos de radiodifusión, reguladas de manera específica en el art. II.9, se sustraen del régimen estudiado en los párrafos anteriores. Éstas fueron introducidas en el Acta de París a propuesta de Kenia<sup>531</sup>. Con ellas se reconoce el papel cada vez más importante de la radiodifusión en los programas educativos, especialmente en los países en desarrollo, dada la escasez de libros y de personal docente<sup>532</sup>.

De acuerdo con el apartado 9 del artículo II podrán, bajo condiciones muy estrictas, concederse licencias para la traducción de obras impresas o de textos incorporados a una fijación audiovisual (siempre que esta última haya sido efectuada o publicada con el solo propósito de utilizarla para fines escolares o universitarios). Las licencias sólo autorizan la traducción, no la radiodifusión de la traducción que queda sometida al régimen general de derecho exclusivo o, en su caso, al régimen de licencias no voluntarias o gestión colectiva permitido por el art. 11bis CB<sup>533</sup>. La licencia tampoco ampara la realización de adaptaciones de la obra<sup>534</sup>. Las traducciones sólo podrán realizarse a partir de ejemplares producidos y adquiridos lícitamente de acuerdo

---

<sup>530</sup> Vid. H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), pp. 276 y ss.

<sup>531</sup> Propuesta que incitó la pregunta irónica del representante español relativa a si la convención era «sobre el derecho de autor o contra el derecho de autor»; R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), p. 34.

<sup>532</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 77, par. 82.

<sup>533</sup> Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971, 22 juillet 1971, p. 177, par. 33.

<sup>534</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 79, par. 86.

con la legislación del país otorgante<sup>535</sup>. Únicamente podrán emplearse en emisiones para fines de enseñanza o para difundir el resultado de investigaciones técnicas o científicas especializadas a expertos de una profesión determinada, lo que excluye las realizadas para programas orientados, en general, a la promoción de la cultura<sup>536</sup>. Las emisiones, realizadas en directo o a partir de grabaciones realizadas exclusivamente para las emisiones autorizadas por la licencias, sólo podrán ser dirigidas al territorio del país otorgante —sin perjuicio de que pueda ser recibidas por radioyentes o telespectadores de otros países<sup>537</sup>—. El uso que se haga de la traducción no puede perseguir fines lucrativos — nótese que tal requisito no es exigido en las restantes licencias—, que se entiende concurren, por ejemplo, cuando en el programa que incorpora la traducción se incluye publicidad comercial<sup>538</sup>. Si el organismo que ha realizado la traducción lo consiente, las grabaciones sonoras o visuales de las traducciones podrán ser utilizadas por otros organismos de radiodifusión a los que se les haya otorgado la licencia en cuestión.

### *c3 Las licencias de reproducción*

Las licencias de reproducción, como las generales de traducción (*vid. supra* C1), autorizan la publicación de todo tipo de obras impresas o cualquier otra forma análoga de reproducción<sup>539</sup>. Además, reconociendo la importancia del material audiovisual para los proyectos educativos, se autoriza la reproducción de fijaciones audiovisuales, realizadas legalmente de acuerdo con la legislación del país de origen<sup>540</sup>, que constituyan o incorporen obras protegidas, siempre que aquellas hayan sido específicamente concebidas para la

---

<sup>535</sup> OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 190.

<sup>536</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 938.

<sup>537</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 78, par. 84; OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 190.

<sup>538</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 78, par. 84, *in fine*. También se convino en el seno de la conferencia para la reforma de la Convención de Ginebra que la exclusión de los fines lucrativos “significa que la propia organización radiodifusora no sea una corporación privada que funciones con fines de lucro”; *íd.*

<sup>539</sup> Art. III.7 Anexo CB.

<sup>540</sup> OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 197.

enseñanza escolar y universitaria<sup>541</sup>. En estos supuestos, de acuerdo con lo previsto en el art. IV la licencia amparará igualmente la traducción del texto que acompaña a las fijaciones al idioma de uso general en el país donde la licencia se solicita<sup>542</sup>. No se podrá conceder una licencia para la reproducción de una traducción si la misma no ha sido publicada por el titular de derechos (o con su autorización) o si el idioma de la traducción no es de uso general en el país en el que se otorga la licencia<sup>543</sup>.

El art. III autoriza la reproducción y publicación de las obras —que podría realizarse mediante la edición en forma impresa o en fijaciones audiovisuales— y su distribución. Será la normativa interna la que determine las condiciones particulares en las que se lleve a cabo la distribución.

---

<sup>541</sup> *Vid.* art. III.b) del Anexo CB. “La Conferencia [de la Convención Universal] dejó claramente sentado que, en ninguna circunstancia, el artículo Vquater, párrafo 3, apartado b serviría de base para una licencia obligatoria que justifique la reproducción de películas o bandas comerciales producidas con fines teatrales u otros fines comerciales, ni justificaría la reproducción de una obra cinematográfica basada en una obra novelesca o literaria, ya que estas obras no se preparan y publican con la única finalidad de utilizarlas para los fines de la enseñanza escolar y universitaria”; UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 86, par. 112.

<sup>542</sup> En el caso del art. II.9 las licencias sólo autorizan la traducción de un texto incorporado a una fijación, pero no la reproducción de la obra traducida ni su radiodifusión. Bajo el art. II podría realizarse, p. ej., el doblaje o el subtítulo de un programa educativo, que vaya a ser empleado en emisiones educativas, pero no la realización de la grabación audiovisual para su distribución entre el público ni la emisión; siendo así que el usuario deberá recabar los permisos oportunos, sin perjuicio, recordemos, de que sea aplicable un régimen especial implementado de acuerdo con lo previsto por el art. 11bis de la Convención. Sobre el diferente régimen de las licencias del art. II.9 y las del art. III, puede consultarse el UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 86, par. 111.

<sup>543</sup> Art. III.5.

## D. Finalidad adscrita a las licencias

### *d1 Las licencias de traducción: uso escolar, universitario o de investigación*

Las licencias de traducción sólo podrán otorgarse para uso escolar, universitario o de investigación<sup>544</sup>. Los términos uso escolar o universitario merecen una interpretación amplia al referirse “no sólo a actividades de instrucción en todos los grados de las instituciones de enseñanza, escuelas primarias y secundarias, colegios y universidades, sino también a muchas actividades educativas organizadas, encaminadas a la participación en cualquier grupo de edad y dedicadas al estudio de cualquier disciplina”<sup>545</sup>. Es irrelevante a efectos del Convenio la naturaleza pública o privada de la institución, o que la enseñanza impartida sea o no oficial<sup>546</sup>. En el caso de la investigación, en el *Informe Kaminstein*, se optó por una interpretación más restrictiva: no podrán concederse licencias a centros de investigación de naturaleza industrial o comercial<sup>547</sup>. En cuanto a las licencias de traducción-radiodifusión ya hemos visto que las traducciones sólo podrán ser empleadas “para fines de enseñanza o para difundir el resultado de investigaciones técnicas o científicas especializadas a expertos de una profesión determinada”.

---

<sup>544</sup> Art. II.5 del Anexo CB.

<sup>545</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 75, par. 73; y Actas resumidas, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Internacional, 1971, pp. 128-129, par. 317-335. En cuanto al término investigación se especifica que no puede interpretarse en el sentido de permitir «la traducción de obras protegidas por el derecho de autor por institutos de investigación industrial o por sociedades privadas que hagan trabajos de investigación con fines comerciales». «Sin embargo —continúa el Informe— la Conferencia se negó a aceptar, por considerarla demasiado restrictiva, una propuesta de la delegación de Argentina encaminada a limitar los efectos del artículo Vter —II del CB— a las traducciones hechas por beneficiarios que sean establecimientos de enseñanza o de investigación oficiales u oficialmente reconocidos». La propuesta se encontró con la oposición tanto de países desarrollados (Francia y Estados Unidos) como especialmente países en desarrollo que recordaron que en estos países la enseñanza era a menudo impartida por entidades privadas o por centros no reconocidos oficialmente. *Vid.* también OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p.186-187.

<sup>546</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 75, par. 73.

<sup>547</sup> *Íd.*

*d2 Las licencias de reproducción: enseñanza escolar o universitaria*

La reproducción y publicación de obras protegidas amparada por la licencia debe responder a las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria<sup>548</sup>, abarcando tanto las actividades relacionadas en los planes de estudios oficiales y extraoficiales como la enseñanza extraescolar organizada<sup>549</sup>.

E. La concesión de las licencias

*e1 Autoridad otorgante*

El Convenio de Berna se limita a señalar que las licencias deberán ser concedidas por la autoridad competente. Serán, por tanto, los ordenamientos nacionales los que determinen qué órgano —administrativo, gubernamental, judicial o, incluso, una entidad de gestión— asumirá esta función. Tampoco se regulan de manera sistemática las obligaciones de la autoridad competente. Si bien a lo largo del texto sí se encuentran de manera dispersa algunas referencias a sus deberes y obligaciones. Así, respecto al pago y transferencia de la remuneración equitativa (*vid. infra* F2), el art. IV dispone que “si existiera una reglamentación nacional en materia de divisas, la autoridad competente no escatimará esfuerzos, recurriendo a los mecanismos internacionales, para asegurar la transferencia de la remuneración en moneda internacionalmente convertible o en su equivalente”<sup>550</sup>.

*e2 Beneficiarios de las licencias*

En ambos casos, licencias de traducción y reproducción, la legislación nacional podrá delimitar o concretar de manera específica quiénes podrán solicitar las licencias y, dentro de los límites impuestos por el Convenio, con qué fines serán concedidas, al tiempo que deberá disponer las cautelas adecuadas para que las obras traducidas y

---

<sup>548</sup> Art. III.2.a) *in fine* del Anexo al CB.

<sup>549</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 81, par. 92.

<sup>550</sup> Art. IV.6.a.ii.

reproducidas conforme a las mismas no circulen más que para los fines determinados en el Anexo<sup>551</sup>.

No obstante, el Anexo sí prevé algunas reglas mínimas referidas a los solicitantes de las licencias. Éstas podrán otorgarse a favor de nacionales del Estado que otorgue la licencia, evitando la posibilidad de que entidades extranjeras —incluso las domiciliadas en el Estado afectado a no ser que la legislación interna las asimile a las nacionales<sup>552</sup>— intenten beneficiarse del régimen de licencias obligatorias<sup>553</sup>. Los beneficiarios podrán ser tanto personas físicas como personas jurídicas, incluyendo los propios Estados, sus autoridades locales o nacionales y las empresas propiedad del Estado o de tales autoridades<sup>554</sup>. Para RICKETSON esta enunciación, contemplada en el *Informe General*, excluiría otros tipos de entidades jurídicas como las corporaciones privadas o las organizaciones caritativas. Sin embargo, como él mismo subraya, de las Actas del Comité principal no parece desprenderse una interpretación tan restrictiva. Por el contrario, cabe afirmar que cualquier nacional, persona física o jurídica, incluso aquellos que realicen los actos permitidos con fines lucrativos, pueden ser beneficiarias de las licencias obligatorias, ya que los autores del Anexo han delimitado explícitamente los casos en los que se excluye esta posibilidad: a saber, en las licencias otorgadas a los organismos de radiodifusión y en el régimen de las exportaciones. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que la legislación nacional establezca, dentro del margen permitido por el Anexo, un régimen más restrictivo.

### *e3 Obligaciones de información*

Ya hemos comentado que el régimen de licencias obligatorias tiene un carácter subsidiario, que sólo deberá operar cuando el titular no ha ejercido sus facultades de explotación en las condiciones especificadas

---

<sup>551</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 81, par. 92; H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), pp. pp. 268 y ss; OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 195.

<sup>552</sup> *Sugerencias*, Grupo de Trabajo sobre la formulación... (1983), p. 27.

<sup>553</sup> OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), p. 184.

<sup>554</sup> OMPI, Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971, p. 176, par. 29. S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 931.



para cada clase de licencia o cuando no es posible concluir una licencia convencional. En relación con este último punto el art. IV impone al solicitante de la licencia el deber de tomar las medidas adecuadas para obtener la autorización del titular. Las licencias sólo podrán concederse si aquel justifica haber requerido la correspondiente autorización y, habiendo tomado las medidas oportunas, no ha podido contactar o no ha logrado obtener la pertinente autorización. El Convenio no especifica plazo alguno a partir del cual, localizado el titular, su silencio debe interpretarse como una negativa, extremo que, en su caso, especificará la normativa estatal<sup>555</sup>. Tampoco se concreta el nivel de diligencia exigido<sup>556</sup>. El Convenio de Berna se limita a indicar que en el momento de presentar la petición —entendemos que al titular de derechos<sup>557</sup>— el interesado deberá informar de la misma a todo Centro Nacional o Internacional de Información que hubiera sido designado a tal efecto por el gobierno del país en el que el editor de la obra tenga su centro principal de actividades. No obstante, de acuerdo con lo previsto en el *Informe General* el solicitante en la demanda dirigida al titular deberá advertirle que la negativa a concederle la autorización podrá constituir la base de una petición de licencia obligatoria<sup>558</sup>. Si el interesado fuera incapaz de localizar al titular deberá, *ex* apartado 2 del art. IV, remitir, por correo aéreo certificado, una copia de la petición de licencia al editor cuyo nombre figure en la obra y otra al Centro Nacional o Internacional de Información del país en el que éste tenga su centro de actividades. Es más: en el *Informe Kaminstein* se aclara que “si el titular del derecho de autor hubiera presentado a la autoridad competente del país en vías de desarrollo una lista de las obras cuyo derecho de

---

<sup>555</sup> *Sugerencias*, Grupo de Trabajo sobre la formulación... (1983), p.33.

<sup>556</sup> En la revisión de la Convención Universal se entendió que el solicitante debería realizar todo los esfuerzos de buena fe para negociar la licencia, de modo que su negativa a aceptar una oferta razonable presentada por el titular no le daría derecho a una licencia obligatoria. UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 80, par. 87.4 y p. 82, par. 94.

<sup>557</sup> En sentido similar H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), pp. 283-284.

<sup>558</sup> OMPI, Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971, p. 178, par. 37.

traducción posee, no se podrá alegar [...] que el solicitante no ha podido localizar al titular de derecho de traducción”<sup>559</sup>.

Por otro lado, en el *Informe General* se especifica que la autoridad competente debe tomar “las medidas oportunas para dar al titular del derecho de autor la ocasión de ser informado de la petición correspondiente y, por lo tanto de poder actuar en consecuencia”<sup>560</sup>. También allí se estima que cuando el titular de derechos tiene conocimiento de una licencia obligatoria, como condición para que expire la licencia por la publicación de una edición autorizada bajo la misma, debe informar a su titular de que se ha publicado una traducción autorizada por él<sup>561</sup>, lo cual podrá tener relevancia a la hora de exigir responsabilidad si el titular de la licencia continúa en su actividad de publicación de ejemplares.

#### *e4 Períodos de exclusividad y plazos de gracia*

La condición previa y fundamental que activa el régimen de licencias es la inacción por parte del autor en el ejercicio de su derecho en un período de tiempo más o menos prudencial. Para asegurarse de que la iniciativa del autor es respetada, las licencias sólo podrán otorgarse si en un período determinado, *plazo de exclusividad*, el titular de derechos no ha publicado o autorizado la traducción de su obra en un idioma de uso general del país en vías de desarrollo en el que se desea realizar la traducción, o, tratándose de las licencias del art. III, no la ha

---

<sup>559</sup> UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 75, par. 71 y p. 82, par. 94. La complejidad del procedimiento fue denunciada en la propia conferencia. India planteó la introducción de un nuevo artículo: “Toda medida adoptada por un Estado, en virtud de las disposiciones de la presente Convención, a favor de los países en vías de desarrollo, no se considerara invalidada, si ha sido adoptada de buena fe, por el solo hecho de no haberse seguido todos los trámites rigurosamente establecidos”. La propuesta no fue aceptada, estimándose que incumbiría “a los tribunales de cada país decidir sobre la validez de las licencias obligatorias concedidas por las autoridades del país y que una interpretación que permitiera apartarse de la observancia de los requisitos que estipula la Convención podía producir confusión y resultados poco equitativos”; UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 83, par. 101.

<sup>560</sup> OMPI, Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971p. 178, par. 39.

<sup>561</sup> OMPI, Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971p. 177, par. 32, aunque cabe apuntar que el Informe se está refiriendo exclusivamente a las licencias de traducción.

reproducido y distribuido bajo determinadas condiciones (*vid. infra*) en el país que desea publicarla. Además se regulan unos plazos específicos, *de gracia*, a partir del momento en el que el solicitante de la licencia realiza los trámites necesarios para informar al titular o al editor de su intención de solicitar la licencia. Su finalidad es, como hemos visto, proporcionar a estos últimos el tiempo suficiente para decidir si llevan a cabo por sí mismos la explotación de la obra.

### Períodos de exclusividad

#### Licencias de traducción

Las licencias para la traducción de una obra a un idioma de uso general en un país en vías de desarrollo sólo podrán concederse en los casos en los que el titular de derechos no hubiera publicado o autorizado una traducción de la obra en dicho idioma<sup>562</sup> o si se hubieran agotado todas las traducciones. El Convenio no especifica cuándo se entenderá que las ediciones están agotadas por lo que habrá de determinarse conforme al Derecho interno del Estado que otorga las licencias. También será el Derecho interno el que decida si el agotamiento de una edición publicada al amparo de una licencia agota la validez de la misma.

El plazo básico de exclusividad será de tres años —o un plazo mayor si así se dispone en la legislación nacional del país otorgante—, a contar desde la fecha de la primera publicación de la obra<sup>563</sup>. Este plazo podrá sustituirse por el de un año si la traducción se realiza a un idioma que no sea de uso general en un país desarrollado miembro de la Unión. También podrá aplicarse el plazo de un año si, tratándose de una traducción a un idioma que también sea de uso general en otros países desarrollados de la Unión, se alcanza un acuerdo unánime, que deberá notificarse al Director General, entre éstos y el país en desarrollo que otorgue la licencia<sup>564</sup>. Esta reducción del plazo no será posible cuando el

---

<sup>562</sup> Art. II.2 Anexo CB. Nótese que no se especifica el lugar de la publicación por lo que, según S. RICKETSON, si la traducción ha sido publicada en ese idioma en otro país no debiera poder otorgarse la licencia; en «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 931.

<sup>563</sup> Art. II.2 Anexo CB.

<sup>564</sup> Según se especifica en el Informe Kaminstein: “cualquier acuerdo de este género exigiría la decisión oficial en el nivel superior de cada uno de los países desarrollados interesados, y [...] podría entrañar condiciones tales como, por ejemplo, que se aplicara únicamente a

idioma al que se realiza la traducción sea uno de los denominados idiomas mundiales: el español, el francés o el inglés<sup>565</sup>.

### Licencias de reproducción

En el caso de la reproducción los plazos tienen en cuenta el ejercicio por el titular de sus derechos de reproducción y de distribución que deberán haberse realizado bajo determinadas condiciones. Así podrán concederse las licencias obligatorias si no se hubieran puesto a la venta de ejemplares *de una determinada edición*<sup>566</sup> para responder a las necesidades del público en general o de la enseñanza escolar y universitaria *a un precio comparable* al que se cobre en dicho país para obras análogas.

Pero, ¿cuál será el precio comparable?, ¿qué obras análogas deberán tomarse como referencia para determinarlo? ¿Las del mismo tipo cuya autoría esté atribuida a los nacionales del país otorgante?, ¿las producidas en el citado país a partir de autorizaciones de autores extranjeros?, ¿las importadas por el país en cuestión? Ni las Actas de Revisión de Berna ni las de la Convención Universal arrojan demasiadas pistas. RICKETSON considera que debe ser la legislación nacional la que se pronuncie al respecto, recordando que tomar como

---

determinados tipos de obras tales como las de carácter técnico y científico"; UNESCO, Informe Kaminstein, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971, p. 73.

<sup>565</sup> Art. II.3 Anexo CB. Sobre el tira y afloja en torno a estas disposiciones véase R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), pp. 26-28. El acortamiento del plazo cuando el idioma de la traducción no es de uso general en los países desarrollados responde, a juicio de DESBOIS, tanto a los intereses tanto de los países en desarrollo como de los desarrollados. Aquellos podrán realizar lo más rápidamente posible la traducción de obras, especialmente didácticas, a su lengua local. En cuanto a los países desarrollados les interesa mantener un período más amplio para efectuar la traducción, por ser sus idiomas nacionales generalmente utilizados tanto en los sistemas educativos, como especialmente en los institutos de investigación de los países en vías de desarrollo; H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), p. 273. Para una valoración de esta solución de compromiso *vid.* también OMPI, *Guía del Convenio de Berna...*, (1978), pp. 185-186.

Nótese que, exceptuando el portugués, las probabilidades de que se invoque la traducción de una obra de un país desarrollado que sea a su vez idioma de un general en un país en vías de desarrollo son bastante escasas.

<sup>566</sup> Por lo que con cada nueva edición comenzará a correr de nuevo el plazo.

referencia el valor de importación jugaría claramente en contra de los países en desarrollo<sup>567</sup>. DESBOIS y SALCZER-SANCHEZ, con cierto dramatismo, nos advierten de que la remisión al precio comparable —que parecen asumir será el del mismo tipo de obras creadas por los nacionales del Estado en vías de desarrollo— puede tentar al Estado otorgante a forzar una bajada de precios para otorgar licencias en condiciones más ventajosas<sup>568</sup>.

Por pura sensatez nos parece coherente defender que el punto de referencia para el precio comparable ha de ser el que tiene en cuenta el valor de las obras producidas en el país de desarrollo, ya que, si no, la alusión al precio comparable no tendría demasiado sentido. Lo contrario nos llevaría a ver únicamente el Anexo como un mecanismo para fomentar el comercio de las obras protegidas y no para “facilitar” el acceso a las mismas por los países en vías de desarrollo. No obstante, la cuestión permanece abierta. Es más, cabe recordar, en contra de la tesis acabamos de defender, que el art. IV al determinar los criterios a tener en cuenta para fijar la remuneración equitativa prevista en la licencia a favor del titular de derechos (*vid. infra* F2) tiene especialmente en cuenta el precio en el mercado de la importación y no el que se cobra en el mercado interno por las obras nacionales.

El plazo básico de exclusividad en el caso de las licencias de reproducción es de cinco años desde la primera publicación de una determinada edición, si bien se establecen plazos específicos atendiendo a la naturaleza de obra. A saber: el de tres años para las obras que traten de ciencias exactas, naturales o de tecnología —dado que el progreso en estos ámbitos hace que tales obras queden rápidamente desfasadas<sup>569</sup> y que, además, serán las de mayor interés para los ámbitos educativos—

---

<sup>567</sup> Como nos recuerda RICKETSON: «This lack of certainty may therefore work against developing countries as it is possible that the ‘normal price’ for comparable books in those countries is kept artificially high as the result of monopolistic activities on the part of overseas or local publishers or distributors. Nonetheless, as long as these prices are the ‘norm’ in that country, they will satisfy the criterion of a normal price»; S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 942.

<sup>568</sup> H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), p. 299; M. SALCZER-SANCHEZ, *Le droit d’auteur...*, (1980), p. 255.

<sup>569</sup> H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER, *Les Conventions Internationales...*, (1976), p. 298.

y de siete para las que pertenezcan al “campo de la imaginación, tales como novelas, obras poéticas, dramáticas y musicales, y para los libros de arte”<sup>570</sup>.

### Plazos de gracia

Además de los períodos exclusivos han de tenerse en cuenta los denominados plazos de gracia, durante los cuales el titular del derecho de traducción, al que el solicitante ha informado —o intentado informar— de sus intenciones de obtener la licencia, podrá decidir si realiza o no su propia traducción o edición<sup>571</sup> o si desea otorgar una licencia convencional<sup>572</sup>. Deberá transcurrir un período de 3 a 9 meses<sup>573</sup> —dependiendo del tipo de licencia, del idioma en el que se realice la traducción o de la obra reproducida— a partir de que el beneficiario haya cumplido las obligaciones de información impuestas en el art. IV (*vid. supra* apartado E3). A diferencia de las licencias de reproducción, los plazos de gracia previstos para las de traducción son suplementarios<sup>574</sup> y no comienzan a contar hasta que haya expirado el período de exclusividad general. En todo caso, no podrá otorgarse una licencia si en los mencionados períodos el titular publica o edita la obra en condiciones similares a las previstas para las licencias obligatorias.

## F. La protección de los intereses de los autores

### *f1 La remuneración equitativa*

Las licencias de los artículos II y III están sometidas a un régimen de remuneración equitativa. Los países en vías de desarrollo que hagan uso de las facultades prevista en el Anexo deben adoptar las medidas adecuadas para que la remuneración se ajuste a los cánones que normalmente se abonen en los dos países de que se trate<sup>575</sup>. Ello implica que el precio a abonar por el solicitante de la licencia deberá tomar como referencia no el que suele requerirse a los autores o titulares de derechos nacionales del país en desarrollo —tal y como aparecía en

---

<sup>570</sup> Art. III.3 Anexo CB.

<sup>571</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 933.

<sup>572</sup> R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), p.29.

<sup>573</sup> *Vid.* art. II.4 para la licencia de traducción y art. III.4 para las de reproducción.

<sup>574</sup> OMPI, Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971, p. 176, par. 31.

<sup>575</sup> Art. IV.6 Anexo CB.

Estocolmo (*vid. supra* apartado 2.1.A *in fine*<sup>576</sup>) y que a nuestro juicio podría considerarse más equitativo—, sino el precio que el mercado determina para la adquisición por dichos nacionales de los derechos sobre las obras del país tercero del que se trate. Como se ha señalado, este criterio pone en duda el carácter beneficioso de la licencia, especialmente cuando el precio exigido en el mercado es superior al precio que suele exigirse incluso en los países desarrollados. No obstante, merece la pena recordar, y éste es el argumento sostenido por los editores, que los titulares, al transferir los derechos sobre sus obras, pueden realizar una discriminación de precios dependiendo del destinatario de los mismos. En todo caso, esta discriminación no es exigida por el Anexo que permite la imposición de una remuneración alta sin dejar por ello de ser considerada “equitativa”<sup>577</sup>. Por otro lado, tal y como señaló el Grupo de Trabajo para la formulación de los principios orientadores sobre la aplicación del régimen de licencias, para dar cumplimiento a lo previsto en el art. IV.6.1) la normativa interna puede establecer las modalidades de estimación de la regalía que le correspondería a los titulares de derechos, fijadas por ejemplo a partir de un porcentaje sobre el precio de producción, sobre el precio de venta bruto o sobre el precio de venta de los ejemplares publicados en virtud de la licencias, o, también —sugiere el Grupo de Trabajo— podrían ser objeto de acuerdos generales negociados entre las sociedades de autores o quedar establecidos a partir de baremos de carácter general<sup>578</sup>.

Asimismo la autoridad otorgante debe realizar todo lo posible para asegurar la transferencia de la remuneración en moneda internacionalmente convertible o en su equivalente.

### *f2 El respeto a los derechos morales*

Finalmente se establecen ciertas cautelas para la salvaguarda de los derechos morales del autor. Ni las traducciones ni las reproducciones podrán llevarse a cabo si el autor ha retirado de la circulación todos los

---

<sup>576</sup> Y en especial nota 494, donde se reproduce el texto del art. 1 e) del Protocolo de Estocolmo.

<sup>577</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 953.

<sup>578</sup> *Sugerencias*, Grupo de Trabajo sobre la formulación... (1983), p. 38.

ejemplares de las obras. Cabe resaltar que sólo en el Anexo se reconoce el denominado derecho de arrepentimiento<sup>579</sup>. Además, en todos los ejemplares deberá figurar el nombre del autor y el título de la obra —y del original si se trata de una traducción—<sup>580</sup>. No se podrán conceder licencias de reproducción relativas a una obra que constituye una traducción si la traducción de la que se trate no ha sido publicada con el consentimiento del autor o no se ha realizado en el idioma de uso general del país que otorga la licencia<sup>581</sup>. Asimismo, se hace un llamamiento al legislador para que adopte las medidas adecuadas en el marco de la legislación nacional que garanticen una traducción correcta de la obra o una reproducción exacta de la edición de que se trate<sup>582</sup>.

#### G. El régimen de los ejemplares producidos al amparo de las licencias. La prohibición de exportación

El CB se detiene en regular el régimen de las exportaciones de los ejemplares producidos al amparo de las licencias. Las publicaciones realizadas al amparo de las licencias sólo podrán realizarse y ponerse en circulación en el territorio del Estado otorgante. De hecho, *ex art. IV.5*, cada ejemplar deberá contener una nota advirtiendo de que el ejemplar se pone a circulación sólo en el país o en el territorio en el que se aplique la licencia. La exportación de los ejemplares producidos al amparo de estas licencias está prohibida. Sin embargo no se considerará exportación el envío por la autoridad gubernamental o pública que ha concedido la licencias de los ejemplares producidos bajo la licencia de traducción a otro país siempre que: el idioma de la traducción no sea uno de los considerados universales, los destinatarios de las mismas sean nacionales del país de la autoridad otorgante, los ejemplares sean utilizados con fines escolares, universitarios o de investigación, el envío

---

<sup>579</sup> El art. 6.bis1 CB, sobre los derechos morales, se limita a señalar que: "... el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación."

<sup>580</sup> Art. IV.3.

<sup>581</sup> Art. III.5 del Anexo CB

<sup>582</sup> Art. IV.6.b). del Anexo CB.



y la distribución no tenga fines de lucro<sup>583</sup>, y que todo ello se realice previo acuerdo entre las autoridades competentes de ambos países que deberá ser notificado al Director General<sup>584</sup>. Por otro lado, aunque no fue incorporado al texto, en el *Informe General* se aclaró que la prohibición de exportación no alcanzaría a los supuestos en los que un país, por razones de orden económico o práctico, no pudiera realizar las impresiones en su territorio y se viera obligado a recurrir a la infraestructura de un tercero —miembro de la Unión o de la Convención Universal— para que reprodujera los ejemplares objeto de la licencia, siempre que éstos fueran devueltos en su totalidad al país del que el titular de la licencia fuera nacional y fueran distribuidos exclusivamente en ese país. En todo caso, la reproducción de ejemplares en un país tercero no podrá confiarse a un establecimiento creado *ad hoc*<sup>585</sup>.

#### H. La caducidad de las licencias

Las licencias caducarán cuando se publique una traducción o edición sustancialmente del mismo contenido a un precio comparable (*vid. supra* E4) al que es exigido en el país otorgante de la licencias por obras análogas. En el caso de las licencias de traducción se exige que ésta haya sido hecha en el mismo idioma autorizado por la licencia, mientras que en las de reproducción se insiste en que la venta debe haberse realizado para satisfacer las necesidades del público en general o, en particular, las de la enseñanza escolar o universitaria. Este mecanismo permite, en última instancia, que los autores y titulares de derechos utilicen las licencias para tantear el mercado<sup>586</sup>. También caducarán las licencias cuando dejen de tener efecto las declaraciones respecto a la facultad de acogerse al Anexo realizadas por el país en vías desarrollo afectado. En

---

<sup>583</sup> Lo que no implica que no se pueda exigir un precio por el ejemplar que le permita sufragar los gastos correspondientes, sino que no debe comportar un beneficio económico para el organismo concedente. Rapport Général, (1971), p. 179, par. 43.

<sup>584</sup> Art. IV.4 Anexo CB.

<sup>585</sup> OMPI, Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971, pp. 178-179, par. 40. *Vid.* También R. FERNAY, «Paris 1971 ou les aventures...», (1971), p. 32.

<sup>586</sup> S. BASALAMAH, «Compulsory Licensing for translation...», (2000), p. 11.

todo caso, podrá continuarse la distribución y puesta en circulación de los ejemplares hasta su agotamiento<sup>587</sup>.

### 2.3 La aplicación práctica del Anexo. Valoración

Pese a que no existen estudios empíricos al respecto, puede afirmarse, con la unanimidad de la doctrina, que el Anexo —al igual que los artículos *cuasi* gemelos en el texto de la Convención Universal— no ha tenido gran aplicación en la práctica<sup>588</sup>.

A lo largo de la década de los 70, a iniciativa del Comité Ejecutivo de la Unión de Berna y del Comité de la Convención Universal, se requirió a los Estados signatarios de alguna de las dos convenciones que respondieran a diversos cuestionarios relativos a la aplicación de los textos revisados en París con respecto a los países en desarrollo<sup>589</sup>. Tales cuestionarios no se limitaban a abordar el sistema de licencias sino también el recurso a la vía contractual para negociar los derechos de

---

<sup>587</sup> Arts. II.6 y III.6 Anexo CB.

<sup>588</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 957. Intellectual Property Rights Commission, Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo. Informe Final de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, (versión española), p. 99; A. STORY, Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet, (2002), p. 49; R. OKEDIJI, «The International Copyright System...», (2005), p. 25; A. STORY / C. DARCH / D. HALBERT, *The Copy/South Dossier...*, (2006), pp. 134 y 139.

<sup>589</sup> Vid. Aplicación de los textos revisados en París en 1971 del Convenio de Berna y de la Convención Universal sobre Derecho de Autor respecto de los países en desarrollo, Documento del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la protección de las obras artísticas y literarias (Unión de Berna) B/EC/XII/8 y Documento de la UNESCO (Comité intergubernamental de Derecho de Autor) ICG(1971)/II/12, de 17 de octubre de 1977, en cuyo anexo se reproduce el Cuestionario relativo a la aplicación de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor revisada en París en 1971 y del Acta de París (1971) del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. También resulta de interés la consulta de los siguientes documentos del Grupo de trabajo sobre el conjunto de problemas que plantea a los países en desarrollo el acceso a las obras protegidas según los convenios sobre derecho de autor: Informe, Documento de la OMPI y de la UNESCO: UNESCO/OMPI/WG.I/CWA/4, de 31 de julio de 1979, donde se publican las correspondientes recomendaciones y se da cuenta de las respuestas recibidas de veinticinco Estados relativas al cuestionario enviado a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y de un análisis previamente efectuado de los citados comentarios (también reproducido en UNESCO, *Bulletin du Droit d'auteur*, vol. XIII, n.º 3, (1979), pp. 28-33); y Respuestas a la solicitud de informaciones relativas al acceso de los países de desarrollo a las obras protegidas de origen extranjero, Documento UNESCO/OMPI/WG.1/CWA/2, de 28 de mayo de 1979 (donde se recogen las citadas respuestas).

autor. En todo caso, de la información proporcionada se constató que eran pocos los países que habían optado por implementar el sistema de licencias e incluso que en aquellos en los que sí se había implementado persistían los problemas de índole jurídico (se acusaba el exagerado formalismo del procedimiento), económico y financiero para acceder a las obras protegidas.

En las Recomendaciones publicadas en 1979 por el *Grupo de Trabajo sobre el conjunto de problemas que plantea a los países en vías de desarrollo el acceso a las obras protegidas*<sup>590</sup>, entre otras cosas, se anima a los países en vías de desarrollo a que adopten los sistemas previstos en ambos textos y se invita al Grupo de Trabajo a que formule unos principios que orienten a los Estados en su aplicación. De ahí la publicación en 1982 del documento *Sugerencias* al que hacemos referencia al principio de este apartado<sup>591</sup>. Desde entonces la situación no ha mejorado. En la actualidad, sólo una decena de países han presentado su declaración para ejercer o renovar las facultades otorgadas por el Anexo<sup>592</sup>.

Las causas de este fracaso no están del todo claras. La doctrina es unánime a la hora de denunciar la complejidad del Anexo<sup>593</sup> y la incompreensión<sup>594</sup> e incluso desconocimiento<sup>595</sup> del mismo. Entre otras críticas se le reprochan los elevados costes de transacción<sup>596</sup> derivados del cumplimiento de los deberes de información y la excesiva extensión de los plazos de espera o exclusividad que disminuye el valor de los

---

<sup>590</sup> Informe, Documento de la OMPI y de la UNESCO: UNESCO/OMPI/WG.I/CWA/4, de 31 de julio de 1979.

<sup>591</sup> *Ut supra* 2.2.A, referenciado en nota 508.

<sup>592</sup> De acuerdo con la información publicada en la página web de la OMPI, estos países son: Bangladesh, Cuba, Emiratos Árabes Unidos, Filipinas, Jordán, Mongolia, Oman, Samoa, Sri Lanka, Sudán, Siria, Tailandia, Uzbekistán, Venezuela y Vietnam. En <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf>, actualizada a 13 de Abril de 2007.

<sup>593</sup> Entre otros: A. STORY, *Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet*, (2002), p. 51; R. OKEDIJI, «The International Copyright System...», (2005), p. 25.

<sup>594</sup> R. OKEDIJI, «Fostering access to education...», (2004), p. 10.

<sup>595</sup> A. STORY, *Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet*, (2002), p. 51; A. STORY / C. DARCH / D. HALBERT, *The Copy/South Dossier...*, (2006), p. 140.

<sup>596</sup> A. STORY, *Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet*, (2002), p. 51; R. OKEDIJI, «The International Copyright System...», (2005), p. 25; A. STORY / C. DARCH / D. HALBERT, *The Copy/South Dossier...*, (2006), p. 134.

materiales<sup>597</sup>. La posibilidad de que las licencias obligatorias no se hayan invocado precisamente debido a la subsidiariedad<sup>598</sup> que, cabe argumentar, pesa como una amenaza sobre los autores y titulares de derechos para que licencien sus obras, peca, en este caso, de un exceso de optimismo<sup>599</sup>.

#### 2.4 ¿Resucita el Anexo?

Aunque la aplicación práctica del Anexo no haya sido demasiado relevante, algunos comentaristas siguen reivindicando la potencialidad de este instrumento como herramienta clave para los países en desarrollo<sup>600</sup>. Lo cierto es que las disposiciones arriba estudiadas constituyen el único instrumento en el Derecho internacional de autor que pretende asegurar el acceso masivo (*bulk access*<sup>601</sup>), con fines

---

<sup>597</sup> R. OKEDIJI, «The International Copyright System...», (2005), p. 25.

<sup>598</sup> S. RICKETSON, «Chapter 14: Developing countries», (2006), p. 957

<sup>599</sup> En sentido similar, A. STORY, Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet, (2002), p. 51.

<sup>600</sup> S. BASALAMAH, «Compulsory Licensing for translation...», (2000), p. 29; R. OKEDIJI, «The International Copyright System...», (2005), pp. 29-30: También la iniciativa del A2K Group, liderada por Peter Drahos, Treaty on Access to knowledge (Draft 2005), aún reconociendo la ineficacia del Anexo propone en su artículo 3.12 un sistema de licencias no voluntarias para los países en vías de desarrollo. Asimismo, el Tratado incluye diversas limitaciones a los derechos de autor con fines educativos, *vid.* art. 3.1 (a) y art. 3.2. Mucho más crítico con la idoneidad del Anexo a Berna es A. STORY, *vid.* Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet, (2002), pp. 51-52 y A. STORY / C. DARCH / D. HALBERT, *The Copy/South Dossier...*, (2006), pp. 139. También en el seno de la OMPI el apéndice a Berna, prácticamente olvidado a lo largo de los noventa, parece haber resucitado. A lo largo de las reuniones celebradas entre 2005 y 2007 en el marco del “Programa de la OMPI para el Desarrollo” se han realizado diversas propuestas que bien aluden directamente al anexo, bien incorporan mecanismos similares para mejorar el acceso a las obras protegidas.

<sup>601</sup> Término tomado de R. OKEDIJI, «The International Copyright System...», (2005), pp. 6 y 24: «All of the limitations and exceptions so far discussed pertain primarily to use-access, i. e., the freedom of others to utilize portions of the work once they are in possession of a legitimate copy. For developing countries however, access to legitimate copies is precisely the issue. Bulk access that is, access to multiple copies of a copyrighted work at affordable prices goes directly to the right of an author to control the reproduction of the work. Most developing and least-developed countries have the requisite copying technologies to reproduce copyrighted works and thus supply the local market with cheap copies. In sum, the reproduction right is the legal response to the public goods problem associated with the major categories of intellectual property. There is also a second component to the access problem for developing countries and that is the availability of copies in local languages. The Berne Convention grants authors the exclusive right to translate their works meaning

educativos a las obras protegidas<sup>602</sup>. Las necesidades de los países de desarrollo a este respecto siguen siendo acuciantes. Y no sólo en términos de la brecha digital. Como se pone de manifiesto en el Estudio sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo realizado en 2002 por la *Intellectual Property Commission* del Reino Unido «el acceso a los libros y materiales de enseñanza aún supone un verdadero problema para los países en desarrollo»<sup>603</sup>.

RUTH OKEDIJI —de los pocos autores que aún ve algún atisbo de esperanza en el Anexo— ha planteado algunas propuestas para una reforma del texto que fomenten su operatividad. Entre ellas: la eliminación de los períodos de exclusividad y de espera, la desaparición de la notificación previa a los titulares y/o editores, la introducción de un mecanismo que permita la aplicación simultánea de las licencias de traducción y reproducción eliminando así los problemas de economía de escala, y la expansión del ámbito de aplicación de las licencias más allá de los fines educativos o de investigación<sup>604</sup>. No obstante, su reforma se nos antoja —aunque sólo sea por razones técnicas— bastante improbable<sup>605</sup>. En virtud del art. 27 del CB toda revisión del Anexo requerirá la unanimidad de los votos emitidos por los Estados miembros del Convenio.

Reconociendo estas dificultades se han ido lanzando otras propuestas que concilien la protección a los autores y los titulares de derechos y las necesidades de los países en vías de desarrollo.

---

that even if cheap copies were available for purchase locally, access would nevertheless be meaningless unless those copies were translated. The reproduction and translation rights thus operate in tandem as barriers to access in developing countries.»

<sup>602</sup> R. OKEDIJI, «The International Copyright System...», (2005), p. 39.

<sup>603</sup> Intellectual Property Commission, Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo. Informe Final de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, (versión española), p. 96 y 100 y ss. También A. STORY, Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet, (2002), p. 47 y Apéndice 2 del Study Paper: «Response to questions on copyright and traditional printed materials. D.R. Nicholson, Copyright Services Librarian, University of the Witwatersrand, Johannesburg, South Africa», pp. 81 y ss. Consúltese igualmente M. CHON, «Intellectual Property “from Below”...», (2007), pp. 119 y ss.; y bibliografía allí citada.

<sup>604</sup> R. OKEDIJI, «The International Copyright System...», (2005), p. 39.

<sup>605</sup> En el mismo sentido, A. STORY, Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet, (2002), p. 57.

S. BASALAMAH es partidaria, al menos en lo que se refiere a los países menos adelantados, de la instauración de una cláusula del tipo del *fair use*<sup>606</sup>.

M. CHON, propone adoptar una aproximación “desde abajo” (*desde el Sur, desde los intereses de los más necesitados*) a la regulación de la propiedad intelectual basada en los principios de la justicia distributiva. Así, sin desechar del todo la revisión del Anexo, propone el reforzamiento de las limitaciones educativas y una interpretación amplia del test en tres pasos contemplado en Berna y en los ADPICs, orientada a promover el acceso a los materiales educativos en los países en vías de desarrollo. Esta interpretación vendría sustentada por el art. 7 de los ADPICs que dispone que “[l]a protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”; sin perjuicio, además, de responder a los principios contemplados en el art. 8<sup>607</sup> del mismo texto o en el Preámbulo de los Tratados de Internet<sup>608</sup>.

A. STORY, con un discurso más radical (y lo afirmamos sin ninguna connotación negativa), defiende un sistema de libre acceso o,

---

<sup>606</sup> S. BASALAMAH, «Compulsory Licensing for translation...», (2000), pp. 20 y ss. Propuestas similares se formulan en H. KNOPE, «Towards a positive agenda...», (2005), p. 16.

<sup>607</sup> “Artículo 8.

1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.”

<sup>608</sup> M. CHON, “Intellectual Property “from Below” ...», (2007), pp. 138-144.

alternativamente, un régimen de licencias generales entre los editores de los países desarrollados y los de los países menos adelantados<sup>609</sup>.

Las preocupaciones de los autores mencionados por la relación entre regulación de la propiedad intelectual, educación y desarrollo no se debaten sólo en el plano teórico. Como ya hemos mencionado en alguna parte de este trabajo<sup>610</sup>, en 2004 se da el pistoletazo de salida para la preparación del “Programa de la OMPI para el Desarrollo”. El impulso para su creación parte de una propuesta planteada ante la Asamblea General de la OMPI por Argentina y Brasil<sup>611</sup> a la que se unen otros 12 países más<sup>612</sup> conformando el denominado “Grupo de los Amigos del Desarrollo”. En octubre de 2004, la Asamblea General acoge la iniciativa y da luz verde al desarrollo de una serie de reuniones intergubernamentales con el fin de examinar la propuesta del “Grupo” e invita a la preparación de propuestas alternativas por otros miembros de la organización<sup>613</sup>. A lo largo del año 2005 se celebran tres sesiones intergubernamentales que culminan con la creación de un Comité Provisional sobre Propuestas relativas a un Programa de la OMPI para el Desarrollo (*Provisional Committee on Proposals Related to a WIPO Development Agenda - PCDA*), con la finalidad de acelerar y completar las discusiones y elaborar recomendaciones para presentar ante la Asamblea General<sup>614</sup>. Tres reuniones más tendrán lugar en 2006, tras las

---

<sup>609</sup> A. STORY, *Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet*, (2002), pp. 52 y ss. ; en particular las recomendaciones 1 (libre acceso) y 2 (licencias generales) planteadas al gobierno británico.

<sup>610</sup> *Ut supra* Capítulo 1, apartados III.4.2 y III.5.

<sup>611</sup> Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un Programa de la OMPI para el Desarrollo, Documento WO/GA/31/11, de 27 de agosto de 2004.

<sup>612</sup> Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un Programa de la OMPI para el Desarrollo, Documento WO/GA/31/11 ADD, de 4 de octubre de 2004. Tales países son Bolivia, Cuba, la República Dominicana, Ecuador, Egipto, Irán, Kenia, Perú, Sierra Leona, Sudáfrica, Tanzania y Venezuela.

<sup>613</sup> OMPI, Informe aprobado por la Asamblea General, Documento WO/GA/31/15, de 5 de Octubre de 2004, pp. 73 y 74.

<sup>614</sup> Primera Reunión Intergubernamental entre Períodos de Sesiones sobre un Programa de la OMPI para el Desarrollo, 11/04/2005-13/04/2005 (Ginebra, Suiza); Segunda Reunión Intergubernamental entre Períodos de Sesiones sobre un Programa de la OMPI para el Desarrollo, 11/04/2005-13/04/2005; Tercera Reunión Intergubernamental entre Períodos de Sesiones sobre un Programa de la OMPI para el Desarrollo, 20-/07/2005 -22/07/2005. Un interesante resumen del desarrollo de las dos primeras sesiones puede leerse en S.

cuales se acuerda la renovación por un año más del mandato del PCDA y la continuación en 2007 de los debates sobre las 111 propuestas presentadas<sup>615</sup>. A lo largo de las dos reuniones llevadas a cabo en 2007 se procede a la discusión de las 111 recomendaciones y se decide someter a la Asamblea General las siguientes propuestas:

- a) La adopción de una lista de 45 —de entre las 111 citadas— recomendaciones, sugiriendo su aplicación inmediata.
- b) El establecimiento de un Comité sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual —formado por los Estados miembros de la OMPI y abierto a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales acreditadas—, con la finalidad de elaborar un programa de trabajo para la aplicación de las recomendaciones adoptadas; de supervisar, evaluar y examinar la aplicación de las recomendaciones adoptadas y presentar informes sobre la marcha de la misma; y de examinar las cuestiones de propiedad intelectual y de desarrollo acordadas por el Comité, así como las que adopte la Asamblea General.

Además, se acuerda la disolución del PCIPD (WIPO Permanent Committee on Cooperation for Development Related to Intellectual Property) y la no renovación del mandato del PCDA<sup>616</sup>.

Las 45 recomendaciones<sup>617</sup> aparecen agrupadas en seis categorías: A) Asistencia Técnica y Fortalecimiento de capacidades; B) Normativa, Flexibilidades, Política pública y Dominio público, C) Transferencia de tecnología, Tecnología de la Información y la Comunicación y Acceso a los conocimientos; D) Evaluaciones, Apreciaciones y Estudios de las repercusiones; E) Cuestiones institucionales, incluidos el Mandato y la Gobernanza; y F) Otras cuestiones. Todas ellas guardan cierta relación con los temas tratados en esta obra —en particular, en la primera parte de este Capítulo—. Reproducimos a continuación algunas de ellas.

---

SHASHIKANT, «Intellectual Property and the WIPO “Development Agenda”», (2005), pp. 6-10.

<sup>615</sup> Comité Provisional sobre propuestas relativas a un Programa de la OMPI para el Desarrollo, Primera Sesión, Ginebra, 20 a 24 de febrero de 2006; y Comité Provisional sobre propuestas relativas a un Programa de la OMPI para el Desarrollo, Segunda sesión, Ginebra, 26 a 30 de junio de 2006.

<sup>616</sup> Informe Provisional, Documento PCDA/4/3 Prov, de 29 de junio de 2007, pp. 31-32.

<sup>617</sup> Listadas en el Anexo del Informe Provisional, Documento PCDA/4/3 Prov, de 29 de junio de 2007, pp. 33-37.



De la categoría B, las número 15, 17, 19, 22 y 23:

(15) “Las actividades normativas deberán:

–ser inclusivas y estar orientadas hacia los miembros;

–tener en cuenta los distintos niveles de desarrollo;

a) tomar en consideración el equilibrio entre los costos y los beneficios;

b) ser un proceso participativo que tenga en cuenta los intereses y las prioridades de todos los Estados miembros y el punto de vista de otras partes interesadas, por ejemplo, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales acreditadas; y

c) estar en consonancia con el principio de neutralidad de la Secretaría de la OMPI.”

(17) “En sus actividades, entre las que figuran las actividades normativas, la OMPI deberá tener en cuenta las flexibilidades establecidas en los acuerdos de P.I. internacionales, especialmente aquellas que afectan a los países en desarrollo y PMA [países menos desarrollados].”

(19) “En el marco del mandato de la OMPI, emprender los debates sobre cómo facilitar aún más a los países en desarrollo y los PMA el acceso a la información y la tecnología, a fin de fomentar la creatividad y la innovación y fortalecer tales actividades en curso en la OMPI.”

(22) “Las actividades normativas de la OMPI estarán determinadas a impulsar los objetivos de desarrollo aprobados en el sistema de las Naciones Unidas, sin olvidar los que figuran en la Declaración del Milenio.

Conforme a lo dispuesto por los Estados miembros, la Secretaría de la OMPI deberá abordar en los documentos de trabajo de las actividades normativas, cuando proceda, y sin perjuicio de los resultados de las reflexiones de los Estados miembros, cuestiones como: a) la salvaguardia de la aplicación nacional de normas sobre propiedad intelectual; b) la relación entre la P.I. y la competencia; c) la transferencia de tecnología en materia de P.I.; d) las posibles flexibilidades, excepciones y limitaciones de los Estados miembros y; e) la posibilidad de establecer nuevas disposiciones especiales para los países en desarrollo y los PMA.”

(23) “Estudiar cómo fomentar más adecuadamente las prácticas de concesión de licencias de P.I. en pro de la competencia, especialmente con miras a impulsar la creatividad, la innovación y la transferencia y la difusión de tecnología en los países interesados, en particular los países en desarrollo y los PMA.”

De la categoría C, la 24:

(24) “Solicitar a la OMPI que, dentro de su mandato, amplíe el alcance de sus actividades destinadas a colmar la brecha digital, de conformidad con los resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), y teniendo en cuenta la importancia del Fondo de Solidaridad Digital.”

De la D, la 35:

(35) “Solicitar a la OMPI que emprenda, a petición de los Estados miembros, nuevos estudios destinados a evaluar las consecuencias económicas, sociales y culturales de la utilización de sistemas de P.I. en dichos Estados.”

Y, de la F, la única del grupo y última de la lista:

“Considerar la observancia de los derechos de propiedad intelectual desde el punto de vista de los intereses generales de la sociedad y de los objetivos orientados hacia el desarrollo, a la luz de que “[l]a protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”, conforme a lo señalado en el Artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC”.

Aún es muy pronto para vaticinar adonde nos llevarán los resultados de esta iniciativa promovida por el Grupo de los Amigos del Desarrollo. No sabemos si se revitalizará algunas notas del esquema propuesto en el Anexo a Berna, si se adoptarán otras vías para garantizar las necesidades de acceso a los materiales educativos en los países en vías de desarrollo o si el esfuerzo invertido en estas reuniones se ahogará en una mera declaración de principios y buenas intenciones.

En todo caso, cabe albergar cierta esperanza. Cerramos este apartado con las palabras de KAMIL IDRIS, Director General de la OMPI, que marcan lo que, de ser cierto, implicaría un cambio de rumbo para la organización<sup>618</sup>:

«La protección de la propiedad intelectual no es un fin en sí misma, sino que debería estar al servicio de intereses sociales y económicos más amplios. Los derechos de los inventores y los creadores deben fundarse en consideraciones amplias sobre el bien de la sociedad.»

---

<sup>618</sup>«Avanza en forma significativa la labor de los Estados miembros respecto de un programa de la OMPI para el desarrollo»; Ginebra, 26 de febrero de 2007 PR/2007/478.

## II. LAS LIMITACIONES CON FINES DE ENSEÑANZA EN EL DERECHO COMUNITARIO

En este apartado estudiaremos la regulación de las limitaciones docentes en dos textos comunitarios: la 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 (apartado 1), y la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (apartado 2). Ambas normas permiten que los ordenamientos internos de los Estados miembros prevean limitaciones con fines educativos.

En primer lugar, procederemos al estudio del régimen de las limitaciones en la DDASI. Tras una breve introducción a la DDASI (apartado 1.1.A), haremos especial hincapié en las notas comunes que han caracterizado la pretendida armonización de las limitaciones —efectuada a través del artículo 5, apartados 1 a 4— (apartado 1.1.B) y en las disposiciones que complementan el citado régimen: el denominado test en tres pasos —contemplado en el art. 5.5. DDASI— (apartado 1.1.C) y la regulación de la interacción entre las limitaciones y las medidas tecnológicas de protección (apartado 1.1.C). El apartado 1.2 lo dedicaremos al análisis de la limitación prevista en el art. 5.3 a), referida, como ya se ha avanzado con anterioridad, a la utilización de obras protegidas “con fines educativos”.

## *1 La Directiva 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*

### *1.1 El régimen de las limitaciones en la DDASI*

#### A. Introducción

Casi cuatro años después de presentarse la Propuesta Inicial<sup>619</sup>, el Parlamento y el Consejo adoptan el 22 de mayo de 2001 la *Directiva 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*<sup>620</sup> (DDASI). El objetivo general de la Directiva es definir un marco jurídico que garantice, y fomente, el desarrollo de un mercado europeo potente de obras y prestaciones protegidas<sup>621</sup> ante los desafíos y posibilidades que las nuevas tecnologías plantean a los derechos de propiedad intelectual<sup>622</sup>. Además, se pretende dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de los Tratados de Internet<sup>623</sup>. Para la consecución de ese mercado interior acorde con los textos convencionales, la Directiva

---

<sup>619</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM(97)628 final, 10 de diciembre de 1997. De ahora en adelante PIDDASI.

<sup>620</sup> 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, de 22 de mayo de 2001 (DO L 167, de 22/06/2001, pp. 10-19).

<sup>621</sup> IVIR, Study on the implementation... (2007), p. 17.

<sup>622</sup> Tal y como se desprende del análisis conjunto de los Considerandos 1 a 14 de la DDASI.

<sup>623</sup> Cfr. Considerando 15: "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."

atiende a varios frentes, que se convierten en sí mismos en objetivos de la norma. En primer lugar y de acuerdo con lo dicho, pretende asegurar la consecución de un mercado europeo<sup>624</sup> que no se vea fragmentado por la disparidad de regímenes jurídicos<sup>625</sup>. Para ello procede a la adaptación<sup>626</sup> y armonización de la normativa existente, de modo que se refuerce la seguridad jurídica y se garantice una protección elevada<sup>627</sup> a los titulares de derechos. Asimismo, se persigue definir un entorno seguro para la implementación de las medidas tecnológicas de protección y, muy especialmente, los sistemas para la gestión electrónica de derechos, en tanto tales técnicas contribuyen, por un lado, a evitar la vulneración de los derechos previstos a favor de los titulares y, por otro, al desarrollo de nuevos modelos de explotación. Y todo ello preservando el equilibrio de los diferentes intereses implicados<sup>628</sup>.

A la consecución de los objetivos citados responde, también, la regulación y pretendida armonización<sup>629</sup> de las limitaciones a la propiedad intelectual, a la que se dedican el art. 5 y el 6.4 de la norma. El artículo 5 incluye una lista exhaustiva de limitaciones que los Estados miembros podrán contemplar en sus ordenamientos internos. La disposición se cierra con una referencia al denominado test en tres pasos. El artículo 6.4 se refiere a la interacción entre limitaciones y medidas tecnológicas de protección. A estas tres cuestiones, que configuran el régimen general de las limitaciones en el Derecho comunitario, consagraremos los siguientes apartados.

## B. La “armonización de las limitaciones”

### *b1 La lista de limitaciones*

La armonización de las limitaciones fue uno de los temas más controvertidos en el proceso de elaboración de la DDASI y una de las causas que propiciaría el retraso en su adopción. En la Propuesta Inicial,

---

<sup>624</sup> Considerando 22 DDASI.

<sup>625</sup> Considerando 6 DDASI.

<sup>626</sup> Considerando 5 DDASI.

<sup>627</sup> Considerandos 4 y 9 DDASI.

<sup>628</sup> Considerando 31 DDASI.

<sup>629</sup> Considerando 31 DDASI.

más ambiciosa en este punto<sup>630</sup>, se preveían nueve limitaciones, 8 facultativas + 1 obligatoria, que pasarían a ser 19 + 1 (la del art. 5.1, la única obligatoria) + 1 (la del art. 5.3 o), también denominada “*grand father clause*”) en la lista exhaustiva<sup>631</sup> contemplada en el texto finalmente adoptado<sup>632</sup>. Los Estados no tienen la obligación de implementar todas y cada una de las limitaciones<sup>633</sup>, con la salvedad de la prevista para las reproducciones efímeras (art. 5.1). De las 20 restantes, 5 se refieren al derecho de reproducción reconocido a favor de los autores y titulares de derechos afines<sup>634</sup> (las del art. 5.2) y 15 se extienden también al derecho de comunicación al público por procedimientos alámbricos e inalámbricos incluida la puesta a

---

<sup>630</sup> Cfr. pár. 13 de la EdM PIDDASI, sobre el derecho de reproducción y las excepciones al mismo: “Es fundamental llegar a un acuerdo en cuanto a la definición del acto de reproducción y al problema de las excepciones con vistas al correcto funcionamiento del mercado interior. *Dada la creciente explotación transfronteriza de la información y los productos y servicios de entretenimiento, incluidas las obras protegidas por derechos de autor y otros trabajos afines, las disparidades significativas entre las excepciones y restricciones al derecho exclusivo de reproducción que están actualmente permitidas por las normativas nacionales deben eliminarse puesto que, si no, impedirán la creación de un mercado interior para tales productos y servicios.*”

No obstante, «la dificultad de elegir y fijar el alcance de las limitaciones del derecho de autor y los derechos conexos de manera aceptable para todos los Estados miembros resultó casi insuperable. Bajo la presión de los Estados miembros y de los grupos interesados la lista de limitaciones fue alargándose de una versión de la directiva a la siguiente»; L. GUIBAULT, «The nature and scope of limitations...», (2003), p. 5.

<sup>631</sup> Considerando 32 DDASI: “La presente Directiva establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público. Algunas de las excepciones o limitaciones sólo se aplican al derecho de reproducción cuando resulta pertinente. La lista toma oportunamente en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y está destinada al mismo tiempo a garantizar el funcionamiento del mercado interior. Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición.”

<sup>632</sup> GARROTE es muy crítico con la configuración de la lista como *numerus clausus*, estimando que es ilógico e innecesario en tanto va más allá de lo exigido por el TODA y el TOIEF al tiempo que puede resultar contrario a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; en I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 426. También el IViR cuestiona la opción tomada por el legislador, considerando, entre otras cuestiones, que si bien la exhaustividad puede otorgar cierta seguridad jurídica presenta problemas de sostenibilidad, al dificultar la adaptación de los regímenes de excepciones a futuros desarrollos tecnológicos; véase: IViR, *The Recasting of Copyright...* (2006), pp. 65-66.

<sup>633</sup> Para R. XALABARDER el carácter optativo de las limitaciones impide, por otro lado, una aplicación directa de las mismas; en «Copyright and Digital...», (2003), p. 132, nota 162.

<sup>634</sup> Art. 2 DDASI.

disposición en línea de los autores<sup>635</sup> y al derecho exclusivo de puesta a disposición al público de los titulares de derechos afines<sup>636</sup> (las del art. 5.3). Además, en virtud de lo dispuesto por el art. 5.4, todas las previstas podrán aplicarse también al derecho de distribución<sup>637</sup> siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado.

El carácter de *numerus clausus* de la lista se ve minado por la puerta abierta del art. 5.3 o), que posibilita que los Estados miembros contemplen limitaciones a los derechos de explotación cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean limitaciones en el Derecho nacional, siempre que se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad.

Del listado de limitaciones contemplado en el art. 5 reproducimos a continuación las que podrían posibilitar la adopción de las diferentes clases de limitaciones educativas de acuerdo con la tipología apuntada en el Capítulo 1, apartado I.2.

Para el derecho de reproducción, las siguientes letras del art. 5.2:

- “ a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;
- c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;”

---

<sup>635</sup> Art. 3.1 DDASI. *Vid.* también Considerando 23 DDA: “La presente Directiva debe armonizar en mayor medida el derecho de autor de la comunicación al público. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos.”

<sup>636</sup> Art. 3.2 DDASI.

<sup>637</sup> Art. 4.2 DDASI.

De las contempladas en el art. 5.3, para los derechos de reproducción y comunicación al público:

“a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia;

o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo.”

Como se habrá comprobado, la letra a) del art. 5.3 se refiere precisamente a las limitaciones “con fines educativos”, pudiendo amparar, a su vez, las denominadas limitaciones docentes<sup>638</sup> o las referidas a la incorporación de obras protegidas en otras obras o prestaciones<sup>639</sup>. A ella dedicaremos el apartado 1.2 de este Capítulo. Las letras anteriormente reproducidas relativas al art. 5.2 podrían dar cabida a las limitaciones referidas a las “reproducciones masivas” llevadas a cabo en establecimientos educativos<sup>640</sup>. La letra n) del art. 5.3, complementa la letra a) en lo referido a las limitaciones con fines de investigación, sin perjuicio, además, de que las utilidades contempladas en el precepto se apliquen igualmente con fines de “estudio personal”<sup>641</sup>. Ya por último, la cláusula abierta del art. 5.3 o)

---

<sup>638</sup> *Vid.* supra Capítulo 1, apartado I.2.2.A.

<sup>639</sup> *Supra* Capítulo 1, apartado I.2.2.C.

<sup>640</sup> *Supra* Capítulo 1, apartado I.2.3.

<sup>641</sup> *Vid.* supra Capítulo 1, apartado I.2.2.B.



serviría para legitimar las limitaciones relativas a la representación o comunicación pública de una obra en eventos escolares, siempre que éstos quedaran limitados al entorno analógico<sup>642</sup>.

### *b2 La fisonomía de las limitaciones*

Las limitaciones contempladas en la Directiva están, salvando algunos casos puntuales, definidas de modo deliberadamente indeterminado<sup>643</sup>. No siempre se precisa, de manera clara, las condiciones, objetivas y subjetivas, a las que los Estados miembros deberán condicionar el ejercicio de las mismas<sup>644</sup>; aunque es cierto que los Considerandos fijan algunas pautas tanto respecto al régimen de limitaciones en general<sup>645</sup> como en relación con algunos supuestos particulares<sup>646</sup>. De estimar su conservación o implementación, los Estados podrán adoptar con carácter literal el texto enunciado en los artículos 5.2 y 5.3, mantener el tenor de las limitaciones tradicionales o adoptar textos diferentes de nueva creación, respetando, eso sí, el juego entre las condiciones mínimas establecidas para cada una de ellas y el test en tres pasos<sup>647</sup>.

### *b3 La técnica de restricción*

La Directiva no prejuzga, en principio y como regla general, la técnica de restricción —excepción (uso gratuito), licencia no voluntaria o gestión colectiva no voluntaria— a la que podrán acudir los Estados miembros al regular las limitaciones. No obstante, sí establece para tres de las enunciadas en la lista exhaustiva la obligación de prever una

---

<sup>642</sup> Supra Capítulo 1, apartado I.2.3, *in fine*.

<sup>643</sup> Aspecto denunciado por la delegación francesa en las deliberaciones en el Consejo previas a la adopción de la Posición Común; véase Documento del Consejo 5377/00, p. 3, p. 1. Nótese que, por el contrario, otras delegaciones criticaron el escaso margen de flexibilidad ofrecido por la lista y la posible contravención al principio de subsidiariedad.

<sup>644</sup> IVIR, Study on the implementation... (2007), pp. 39 y 63, donde alude a dos tipos de normas: un “set” de limitaciones específicas pero ampliamente definidas y otro referido a categorías generales de situaciones para las que los Estados miembros pueden adoptar limitaciones.

<sup>645</sup> Léanse, por ejemplo, los Considerandos 35, 36, 44 y 45.

<sup>646</sup> Así el 38 y 39, para la copia privada; el 40, respecto a la excepción en beneficio de determinados establecimientos *sin fines* lucrativos como las bibliotecas; el 42 en relación con la relativa a la ilustración con fines de enseñanza e investigación, etc.

<sup>647</sup> En contra I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), pp. 428-429; que considera que el único tope máximo para las excepciones pre-existentes más generosas que las previstas en la Directiva es el del art. 5.5.

“compensación equitativa”, y, por tanto, de que sean sometidas a un régimen de licencia no voluntaria. Es el caso de las previstas en el art. 5.2 letras *a)* —reprografía—, *b)* —copia privada— y *e)* —reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales—. De acuerdo con lo previsto en el Considerando 35, tal compensación equitativa<sup>648</sup> tiene como finalidad recompensar adecuadamente a los titulares de derechos por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas y puede no dar lugar a un pago específico si los titulares ya han recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia. Además, en el mismo Considerando se dispone que el nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección. En todo caso, determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo pueden no dar origen a una obligación de pago. En relación con las restantes “excepciones y limitaciones”, los Estados miembros tienen libertad para elegir entre una excepción (uso gratuito) o una licencia no voluntaria<sup>649</sup>, sin perjuicio de otras opciones a las que nos referiremos a continuación.

Además de las licencias no voluntarias, recordemos que en el Capítulo 1 de esta obra consideramos la gestión colectiva no voluntaria como una de las técnicas de restricción utilizada por el legislador para

---

<sup>648</sup> Nótese que la DDASI se ha desmarcado del concepto de remuneración equitativa utilizado en directivas anteriores. Véase al respecto, IVIR, *The Recasting of Copyright...* (2006), p. 71.

El concepto de compensación equitativa fue introducido en la Posición común del Consejo (Considerando 35) donde se alude de manera expresa a la posibilidad de que los Estados puedan prever una compensación equitativa a los titulares de derechos para las excepciones facultativas que de acuerdo con la DDASI no requieren dicha compensación (Considerando 36 PCDDASI). Posición común (CE) no 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO C 344, de 01/12/2000, pp. 1-22), de ahora en adelante PCDDASI.

<sup>649</sup> Considerando 36: “Los Estados miembros pueden prever una compensación equitativa a los titulares de los derechos también cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que no requieren dicha compensación.”

adoptar limitaciones a las facultadas otorgadas a los autores<sup>650</sup>. Esta técnica de restricción no ha sido considerada por la Comisión a la hora de configurar el concepto de “excepciones y limitaciones”. En este sentido se pronuncia el inciso primero del Considerando 18 de la DDASI que explícitamente dispone que la Directiva “no afectará a las disposiciones que existen en los Estados miembros en materia de gestión de derechos.” Tras esta declaración subyace la consideración de que la gestión colectiva se configura como una regulación contractual —una modalidad de gestión de derechos que no afecta a la existencia de un derecho exclusivo<sup>651</sup>— aspecto que no pretende ser abordado por la DDASI<sup>652</sup>. Volveremos sobre esta cuestión un poco más abajo, al

---

<sup>650</sup> Supra Capítulo 1, apartado II.2.1.E-F.

<sup>651</sup> Tal y como también se apunta en otras disposiciones del acervo comunitario. Así en el Considerando 28 de la *Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable* (DO L 248, de 06/10/1993, pp. 15-21): “Considerando que, a fin de evitar que las pretensiones de terceros titulares de derechos sobre elementos constitutivos de los programas impidan el buen funcionamiento de las relaciones contractuales en la medida requerida por las particularidades de la distribución por cable, conviene establecer, con la obligación de recurrir a sociedades de gestión colectiva, un ejercicio exclusivamente colectivo del derecho de autorización; que ello no afecta al derecho de autorización en sí, sino a su forma de ejercicio, que se sujeta a cierta regulación lo que implica que sigue siendo posible la cesión de los derechos de distribución por cable; que el ejercicio de los derechos morales de autor no está comprendido en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”. Consúltese al respecto: STJCE de 1 de junio de 2006, asunto C-169/05, (Uradex SCRL v. Union Professionnelle de la Radio et de la Télédistribution (RTD), Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (BRUTELE)).

También en la *Decisión 2003/300/CE de la Comisión, de 8 de octubre de 2002, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y con el artículo 53 del Acuerdo EEE* (Asunto COMP/C2/38.014 — IFPI “Emisión simultánea”) (DO L 107, de 30/04/2003, pp. 58-84) se declara que “la administración colectiva de derechos reservados y afines corresponde claramente al ejercicio de esos derechos, y no a su existencia”; punto 66 *in fine*.

<sup>652</sup> *Vid.* Documento 7299/99 del Grupo de Trabajo del Consejo “Propiedad intelectual (Derechos de Autor)”, donde el representante de la Comisión se refiere a las restricciones que la Comisión considera una “interpretación constituida de las relaciones contractuales y no excepciones a los derechos”. El representante de la Comisión alude de manera explícita a las licencias colectivas ampliadas considerando que: “no son excepciones genuinas, sino modalidades de la gestión de derechos, que no se ven afectadas por la Directiva”. Téngase en cuenta igualmente el art. 9 de la DDASI: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas, en particular, a [...] el derecho de contratos”, así como las disposiciones citadas en la nota anterior.

tratar la técnica de restricción en relación con la limitación contemplada en el art. 5.3 a) DDASI, apartado 1.2.G.

Por otro lado, en los que se refiere al *modus operandi* de las limitaciones<sup>653</sup>, la DDASI parece apostar por la subsidiariedad, privilegiando las soluciones contractuales de modo que, cuando sea posible, las “excepciones y limitaciones” resulten aplicables en defecto de acuerdo. En este sentido el Considerando 45<sup>654</sup> dispone:

“Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional.”

En última instancia se intenta, de forma comprensiblemente velada —ya que se pondría en cuestionamiento la naturaleza imperativa que en algunos ordenamientos internos se predica de las limitaciones— y, por ello, sometida en todo caso a la compatibilidad con el Derecho interno, fomentar la búsqueda de soluciones contractuales que interioricen el equilibrio de intereses. Las limitaciones contempladas en los ordenamientos nacionales no deberían, por tanto, impedir la consecución de pactos en este sentido. El legislador prefiere que sea el mercado el que, de manera voluntaria, resuelva de manera efectiva el equilibrio de intereses. Esta confianza y preferencia por el mercado se

---

<sup>653</sup> *Vid.* supra Capítulo 1, apartado II.2.2.

<sup>654</sup> El Considerando 45 encuentra sus antecedentes en la Enmienda 24 presentada por el Parlamento en Primera Lectura; *vid.* Resolución legislativa que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (COM(97)0628 - C4-0079/98 - 97/0359(COD)).

La Exposición de Motivos del Proyecto de Resolución (Doc.PE 225.907/DEF - A4-0026/1999), en su pár. 14 relativo a las excepciones, advierte que: “Quizás sea oportuno pensar en tipos de contratos que equilibren los intereses de los usuarios con la protección de los derechos”, p. 31. También la Comisión manifiesta en la Exposición de Motivos de la Propuesta Modificada que el significado de este Considerando debe entenderse en el sentido de “buscar soluciones globales en el marco de las relaciones contractuales entre las partes pertinentes”, pár. II. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM(99)250 final. De ahora en adelante, PMDDASI.

pone de manifiesto de forma ya explícita en la regulación de de la interacción entre las limitaciones y las medidas tecnológicas de protección (*vid. infra* apartado D).

#### *b4 Valoración del alcance de la pretendida armonización de las limitaciones*

A la luz de los diferentes aspectos estudiados a lo largo de las últimas páginas, ha de concluirse que el efecto armonizador de la DDASI, en lo que se refiere a las limitaciones, ha sido más que limitado, dado el margen de discreción que se otorga a los Estados tanto en relación con el número de limitaciones a implementar como respecto a los requisitos de las mismas<sup>655</sup>. En este sentido se ha cuestionado la medida en que el régimen previsto en la Directiva contribuye a otorgar una mayor seguridad jurídica a los titulares de derechos y proveedores de contenidos, que quedarán sujetos a tantos regímenes de limitaciones como países miembros de la Comunidad, lo cual puede perjudicar a su vez la explotación de las obras protegidas<sup>656</sup>. Incluso se ha llegado a apuntar que la forma tan diversa que han adoptado las limitaciones en los ordenamientos internos de los países de la UE podría ser contraria al principio de no discriminación, en tanto puede dar lugar a un tratamiento diferente entre los ciudadanos de los Estados miembros<sup>657</sup>.

---

<sup>655</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 133, nota 163; IViR, Study on the implementation... (2007), p. 63.

<sup>656</sup> Por todos, IViR, Study on the implementation... (2007), pp. 39-40 y 63-64.

<sup>657</sup> IViR, Study on the implementation... (2007), p. 63. Nótese que un argumento relacionado con este punto se ha esgrimido en Francia para la defensa de la incorporación al ordenamiento galo de la limitación con fines docentes. Se ha insistido en que los alumnos, profesores e investigadores franceses deberían trabajar en las mismas condiciones que sus homólogos europeos. Además se ha considerado que, dada la existencia de limitaciones docentes en otros ordenamientos, la utilización de obras francesas en entornos educativos y de investigación, podría, a falta de una limitación relativa a tales utilizaciones, verse seriamente afectada. Los educadores, educandos e investigadores recurrirían para la ilustración de sus actividades educativas y científicas a textos extranjeros, respecto a los cuales se predica un régimen más flexible de protección. De ahí que, en el proceso de implementación de la DDASI al ordenamiento interno, en la justificación de algunas de las enmiendas que proponían la incorporación de una limitación con fines docentes se insistiera en que tal la limitación tenía como objetivo la defensa de la cultura francesa. Léanse entre otras la justificación de las Enmiendas núm. 3, 104, 122, 163 y Subenmienda 313: "Dans le cadre de la construction de l'espace européen de l'enseignement et de la recherche, cet amendement permet aux établissements d'enseignement et aux chercheurs

Tales críticas no deben, sin embargo, llevarnos a la conclusión de que hubiera sido deseable una mayor armonización de las limitaciones. En efecto, consideramos que no hay indicios suficientes que permitan constatar que las divergencias entre los regímenes nacionales de limitaciones perjudican a la consecución del mercado interior. Sólo si se comprobara de manera fehaciente que éstas tienen un efecto negativo en el mismo debería imponerse la intervención comunitaria. Si no se dieran tales presupuestos se correría el riesgo de vulnerar el principio de subsidiariedad que rige el ordenamiento comunitario.

### C. El test en tres pasos

#### *c1 Introducción*

De acuerdo con lo previsto en el art. 5.5:

'las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 2 y 3 del citado artículo 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.'

---

français de travailler dans les mêmes conditions que leurs homologues des autres pays européens." O la justificación de la Enmienda 241 *in fine*: "Par voie de conséquence, un recours aux sources anglo-saxonnes peut se révéler inévitable, ce qui serait préjudiciable à la science, à la culture et à la langue françaises." En sentido similar la Enmienda 113: "De nombreux pays européens ont déjà adopté ce régime d'exonération, et la recherche s'en trouve favorisée. Des travaux inédits, et ce quelle que soit leur qualité, circulent dans divers pays, diffusant ainsi des savoirs et des cultures différentes, qui sont susceptibles d'être la base d'œuvres communes. La France, en refusant de se doter du régime d'exonération du paiement des droits d'auteur et des droits voisins, risque de perdre à moyen terme son rayonnement scientifique. En effet, nos chercheurs, enseignants-chercheurs et élèves ne pouvant accéder à des sources numériques gratuites, se tourneront naturellement vers les documents européens, et plus particulièrement anglo-saxons, en libre accès. Cela entraînera nécessairement l'essor de leurs écoles doctorales, de leurs courants de pensée." Todas ellas se pueden consultar en el Dossier legislativo de la Asamblea Francesa sobre el Projet de Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information), en particular el documento que contiene el conjunto de enmiendas al proyecto (Amendements déposés sur le texte núm. 1206), accesible en [http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/amendements/adts\\_1206.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/amendements/adts_1206.pdf).

Consideramos, con S. CHATRY, que las citadas argumentaciones —a nuestro juicio un tanto demagógicas— carecen de fundamento. En *L'exception pédagogique au droit...*, (2007), pp. 18-19.

Se consolida así en el acervo comunitario el denominado test en tres pasos, test en tres etapas o prueba en tres fases, contemplado con anterioridad, aunque su redacción presenta algunas diferencias de matiz, en las Directivas sobre la protección jurídica de los programas de ordenador<sup>658</sup> y de las bases de datos<sup>659</sup>. Como es sabido, el origen del test se remonta al art. 9.2 del Convenio de Berna<sup>660</sup> y ha sido universalizado tras su incorporación al Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio<sup>661</sup> y a los Tratados de Internet<sup>662</sup>. No obstante, como ha puesto de manifiesto R. XALABARDER, existe una diferencia fundamental entre el rol del test en tres pasos en el Derecho convencional y en el comunitario: mientras en aquel el test se constituye como paradigma de control para la introducción de limitaciones no previstas en el cuerpo de los tratados, en la DDASI se configura como un paradigma para la aplicación de las limitaciones ya contempladas en la lista del art. 5<sup>663</sup>.

Cuando analicemos las diferentes limitaciones docentes previstas en el Derecho comunitario y nacional se pondrá de manifiesto la importancia del test. Comprobaremos que precisamente en los criterios enunciados en el art. 5.5 puede hallarse la justificación de algunas de las restricciones incorporadas a las limitaciones docentes en los textos nacionales. Asimismo, tales criterios podrán determinar, en no pocos

---

<sup>658</sup> Art. 6.3 Directiva 91/250: "De acuerdo con las disposiciones del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, las disposiciones del presente artículo no podrán interpretarse de manera que permita que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático."

<sup>659</sup> Art. 6.3 Directiva 96/9: "Conforme a lo dispuesto en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, el presente artículo no podrá interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal de la base de datos." *Vid.* también el art. 7.5 y 8.2 relativos al derecho *sui generis*.

<sup>660</sup> "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."

<sup>661</sup> Cfr. art. 13.

<sup>662</sup> Léanse el art. 10 TODA y la declaración concertada respecto del Artículo 10; así como el art. 16 del TOIEF y su correspondiente declaración concertada.

<sup>663</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 133.

casos, la interpretación más adecuada de los requisitos impuestos a las limitaciones docentes cuando su enunciado no resulte del todo claro.

*c2 Los destinatarios del art. 5.5: ¿el juez y/o el legislador?*

Antes de proceder al análisis de los tres criterios o elementos que conforman el test en tres pasos, parece oportuno determinar quién es el destinatario del art. 5.5 DDASI. La doctrina ha discutido si la norma se dirige a los Estados miembros en su tarea de implementación de la Directiva o, también, a los jueces en su cometido de interpretar las limitaciones contempladas en el ordenamiento interno. Si en los textos de Derecho internacional se considera casi mayoritariamente que los destinatarios son los Estados miembros<sup>664</sup>, respecto a la Directiva algunos indicios parecen apuntar a la segunda consideración<sup>665</sup> —Estados miembros y tribunales—. En primer lugar, la referencia en el precepto estudiado (y también en el Considerando 44<sup>666</sup>) a la “aplicación” de las limitaciones. Juegan también a favor de esta opción las disposiciones contempladas en otras en otras normas del acervo comunitario, donde el test parece se configura como una regla de “interpretación”<sup>667</sup>.

---

<sup>664</sup> Aunque es cierto que, como señala J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, los dos párrafos del art. 10 del TODA ya apuntan a la “doble trascendencia” del test; en *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 236, nota 1078.

<sup>665</sup> C. GEIGER, «The Three Step Test...», (2006), p. 683. No obstante, estima que los únicos destinatarios del test en tres pasos son los Estados miembros que introducen las excepciones T. LÉONARD, «Le test en trois étapes ...», (2006), p. 211.

<sup>666</sup> “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.”

<sup>667</sup> Arts. 6.3 de la Directiva 91/250 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador y de la Directiva 96/9 sobre la protección jurídica de las bases de datos. Reproducidos *ut supra* notas 658 y 659. Ambos artículos disponen que las excepciones a las que se refieren “no podrán interpretarse...”. Nótese que, a diferencia de la DDASI, no hacen



Conforme a la primera de las opciones —el test obliga al legislador nacional—, toda vez que las limitaciones han sido implementadas por el legislador, se presume que cumplen con las tres condiciones contempladas en el art. 5.5. El test se concreta, por tanto, en el momento en el que el legislador prevé e instituye una limitación. La valoración se realiza en abstracto. Se trata de evaluar *a priori* los intereses en juego y de crear los límites, requisitos o restricciones de la limitación, de modo que ésta responde a las condiciones del test<sup>668</sup>. El juez no puede contestarla sin poner en cuestionamiento su legalidad. Ello no implica, no obstante, que cuando no resulten claros los términos de una limitación —lo cual sucederá a menudo—<sup>669</sup> el juez no se guíe por el test en tres pasos para aplicar la norma al caso en concreto<sup>670</sup>. De hecho, ya con antelación a la DDASI, la jurisprudencia de algunos Estados miembros se había referido a los criterios enunciados en el art. 9.2.

Se ha entendido que de resultar aplicable la segunda opción —el test obliga a los tribunales erigiéndose, por tanto, un doble control de las limitaciones— se otorga mayor autonomía a los jueces para valorar la legitimidad de las limitaciones<sup>671</sup>, con el riesgo de que sean desafiadas por los tribunales<sup>672</sup>. Éstas podrán devenir inaplicables —aún cuando se cumplan los requisitos exigidos por la legislación para cada limitación en concreto— si se estima que, pese a todo, una limitación contemplada en la ley entra en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación o perjudica injustificadamente los intereses legítimos del titular de derechos. El test en tres pasos se convierte así en un requisito

---

referencia al primer criterio del test en tres pasos, el relativo a que las limitaciones se apliquen “en determinados casos concretos”.

<sup>668</sup> T. LEONARD, «Le test en trois étapes ...», (2006), p. 211.

<sup>669</sup> IVIR, Study on the implementation... (2007), p. 58.

<sup>670</sup> Véase al respecto la EdM del proyecto de ley belga de transposición de la DDASI: «le test des trois étapes, tel qu’il est repris dans l’article 5.5 de la directive est donc destiné avant tout au législateur, ce qui n’empêche toutefois pas qu’il puisse servir de ligne directrice pour les cours et tribunaux lors de l’application de la loi». Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information, DOC 51 1137/001, p. 14.

<sup>671</sup> S. DUSOLLIER, «L’encadrement des exceptions...», (2005), p. 214.

<sup>672</sup> C. GEIGER, «The Three Step Test...», (2006), p. 684.

adicional para todas y cada una de las limitaciones, en una condición suplementaria sometida a la apreciación soberana del juez<sup>673</sup>.

Esta interpretación del art. 5.5 de la Directiva nos parece inadecuada. Obviamente, si el legislador nacional en su implementación de la DDASI se pronuncia en este sentido, es decir, si dispone que los jueces deberán tener en cuenta, además de los requisitos previstos para cada una de las limitaciones, los criterios del test en tres fases a la hora de estimar la aplicación de las limitaciones al caso concreto, podría llegarse a tal conclusión —tal y como ocurre en determinados ordenamientos en los que alguno de los criterios del test se ha incorporado como requisito específico de la limitación—. Pero ello no se desprende necesariamente de la formulación del test en el texto comunitario, sino que es una opción del legislador nacional.

De acuerdo con lo dicho, puede hablarse de una tercera posibilidad: la DDASI otorga al legislador nacional la libertad de escoger si el test obliga o no a los tribunales. La solución dependerá, por tanto, del modo en que se implemente el test, si es que se hace de manera explícita, en el ordenamiento interno, así como del grado de detalle de las limitaciones. No olvidemos que en algunos casos éstas vienen definidas en términos vagos y deliberadamente amplios, por los que es del todo relevante el papel de los juzgadores para precisar la aplicación e interpretación de los diferentes requisitos que las informan y, en última instancia, el equilibrio de los intereses en juego<sup>674</sup>. Es más, los criterios enunciados en el art. 5.5. de la Directiva pueden resultar especialmente útiles en el caso de la aplicación de limitaciones tradicionales —previstas para usos analógicos— en el entorno digital<sup>675</sup>. Por otro lado, nos parece evidente

---

<sup>673</sup> Véase S. DUSOLLIER, «L'encadrement des exceptions...», (2005), p. 214.

<sup>674</sup> IVIR, Study on the implementation... (2007), p. 58; donde se pone igualmente de manifiesto las opiniones de quienes consideran que otorgar un papel tan protagonista a los jueces puede generar una inseguridad jurídica no deseada. También S. DUSOLLIER advierte de la inseguridad jurídica y del posible efectivo limitativo del campo de la aplicación de las excepciones que puede acarrear la interpretación apuntada; en «L'encadrement des exceptions...», (2005), p. 215.

<sup>675</sup> Por ejemplo, en el polémico asunto *Mulholland Drive*, la Corte de Casación francesa aplicó el test en tres fases, por entonces no contemplado de manera específica en la normativa interna sobre Derecho de autor. La sentencia niega la posibilidad de realizar una copia privada del film contenido en un dvd con tecnología anticopia. En contra de las decisiones

que no puede tener el mismo papel el test en tres pasos respecto a las limitaciones enunciadas de manera general, típicas del *common law*<sup>676</sup>, que en relación con limitaciones más detalladas —p. ej.: la nueva limitación con fines de ilustración en la enseñanza contemplada en el art. 32.2. de la LPI—.

En todo caso, más allá de las opciones apuntadas, consideramos que, probablemente, en el ánimo del legislador comunitario estaba configurar el test en tres pasos como una regla de interpretación dentro de los límites delineados por las limitaciones; tal y como, por otro lado, se concluye de la definición del límite en las Directivas sobre la protección jurídica de los programas de ordenador y las bases de datos así como de la Propuesta Inicial de la DDASI<sup>677</sup>.

La determinación de los destinatarios de la norma está directamente relacionada con otro debate que también ha atraído la atención de la doctrina: el relativo a si el test debe ser contemplado de manera explícita en la regulación interna de los Estados miembros. Así ocurre en Eslovaquia, España, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal o en la República Checa. Otros Estados, como Austria, Bélgica, Finlandia o los Países Bajos, no lo han incluido como norma de Derecho positivo, aunque la jurisprudencia sí lo tiene en cuenta a la hora de interpretar las limitaciones<sup>678</sup>. Cabe, por otro lado,

---

adoptadas en las instancias anteriores, el tribunal de casación consideró que no entraba en juego la excepción de copia privada ya que su aplicación vulneraba lo dispuesto en el test en tres pasos. Léanse, entre otros, los siguientes comentarios, muy críticos, a la decisión judicial: S. DUSOLIER, «Le dernier tournant de l'affaire...», (2006), y T. LÉONARD, «Le test en trois étapes...», (2006).

<sup>676</sup> Incluso se ha llegado a afirmar la incompatibilidad del test con las excepciones del tipo del *fair dealing* o *fair use*. A tal doctrina se refiere, aunque separándose de la misma, C. GEIGER en «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), pp. 6 y 7.

<sup>677</sup> El art. 5.4 en la PIDDASI disponía que “Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2 y 3 únicamente se aplicarán en casos específicos y no deberán interpretarse de modo que puedan aplicarse de tal manera que los intereses legítimos de los titulares de derechos se vean perjudicados injustificadamente, ni de manera contraria a la explotación normal de sus obras u otros trabajos afines.”

<sup>678</sup> IVIR, Study on the implementation... (2007), p. 57. Léase igualmente C. GEIGER, «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), pp. 16 y ss, y, en particular, para una relación de jurisprudencia en la que se ha acudido al test incluso cuando no estaba previsto en el ordenamiento interno, *vid.* nota 82.

destacar que en algunos Estados miembros se ha optado por la incorporación explícita de algunos de los criterios a las condiciones o requisitos particularizados de algunas limitaciones. Es el caso de las previstas con fines docentes en la ley belga<sup>679</sup> donde se dispone como requisito adicional que la utilización autorizada no afecte a la explotación normal de la obra.

### *c3 Los criterios del test: 1º- determinados casos concretos*

De acuerdo con el primero de los criterios dispuestos en el art. 5.5 DDASI, las limitaciones contempladas en la lista exhaustiva únicamente se aplicarán “en determinados casos concretos”. Tal referencia puede resultar extraña tras la presentación de una lista que parece delimitar de manera específica (y exhaustiva) los supuestos en los que resulta permisible introducir una limitación. La incorporación del test en tres pasos tiene sin dudas su razón de ser en el caso de los convenios internacionales, en los que precisamente el test en tres pasos se introduce para permitir a los Estados la implementación de limitaciones no previstas en el cuerpo de los tratados. De hecho, ya hemos comentado que a las limitaciones específicas contempladas en el Convenio de Berna —p. ej. la cita (art. 10.1) o la prevista con fines de ilustración en la enseñanza (art. 10.2)— no se les aplica el art. 9.2<sup>680</sup>. M. SENFTLEBEN ha afirmado que la razón de la inclusión del texto en la Directiva viene, entre otras cosas, a completar la referencia internacional respecto test en tres pasos<sup>681</sup> y ha de interpretarse como una llamada a la moderación, como una llamada de atención a los Estados miembros para que resistan la tentación de implementar todas y cada una de las limitaciones contempladas en la lista del art. 5<sup>682</sup>.

Las limitaciones sólo podrán aplicarse en “determinados casos”. La alusión a determinados parece aludir a un número particularizado de supuestos que queden integrados en el supuesto de hecho de la

---

<sup>679</sup> *Vid. infra* Capítulo 3 apartado III.2.

<sup>680</sup> *Vid. supra* apartado I.1.3.

<sup>681</sup> Léase el primer inciso del Considerando 44 de la Directiva, reproducido *supra* nota 666.

<sup>682</sup> M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), p. 267. Tal vez la coherencia reclamada en el Considerando 32, nos advierta en este sentido: “[...] Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición.”

limitación, lo cual exige que las limitaciones previstas en los ordenamientos nacionales estén claramente definidas<sup>683</sup>. Si bien no resulta necesario que se trate de una definición precisa en relación con cada uno de las diferentes situaciones amparadas por la limitación<sup>684</sup>, las limitaciones deben quedar suficientemente particularizadas de modo que se distingan de otras hipótesis de libre utilización<sup>685</sup>.

El término “concretos” —especiales en los textos convencionales y en otras versiones lingüísticas de la DDASI<sup>686</sup> — requiere que las limitaciones tengan una aplicación o propósito individual o limitado, que sirvan a un objetivo excepcional o característico<sup>687</sup>. Una interpretación normativa del término, nos lleva a concluir, con parte de la doctrina<sup>688</sup>, que “concretos o especiales” exige que las limitaciones implementadas en la normativa interna respondan a un interés público específico o a circunstancias excepcionales que son precisamente lo que convierte a los “casos” a los que resulta aplicable las limitaciones en especiales o excepcionales.

Los criterios apuntados responden a una interpretación cualitativa o normativa. Intencionalmente hemos evitado aludir a criterios cuantitativos que podrían llevarnos a concluir que la referencia a determinados o concretos se presenta como una exigencia de que los supuestos a los que afecta una limitación no sean *demasiados*. Una interpretación a contrario es, sin embargo, la defendida en la Resolución

---

<sup>683</sup> Informe del Grupo Especial de la OMC, de 15 de junio de 2000, WT/DS160/R, p. 37, 6.108.

<sup>684</sup> *Íd.*

<sup>685</sup> S. DUSOLLIER, «L'encadrement des exceptions...», (2005), p. 218.

<sup>686</sup> No alcanzamos a comprender por qué el traductor español ha decidido apartarse del adjetivo contemplado en el Derecho convencional, sobre todo si tenemos cuenta que las restantes versiones lingüísticas de la Directiva se reproducen en este punto los términos utilizados en Berna. Así tanto la francesa como la inglesa utilizan los mismos términos que los contemplados en el citado convenio, a saber: *certain special cases* y *certain cas spéciaux*, respectivamente. Se ha sostenido, no obstante, que de la diversidad de términos no parece que deba concluirse diferencia alguna, véase I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 431, nota 162. También J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 238.

<sup>687</sup> Informe del Grupo Especial de la OMC, de 15 de junio de 2000, WT/DS160/R, p. 37, 6.109.

<sup>688</sup> En sentido similar, S. RICKETSON, *Study on Limitations and Exceptions...*, (2003); M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), pp. 144-152; C. GEIGER, «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), p. 6.

del panel de la OMC de 25 de junio de 2000, en la que se discutían las limitaciones contempladas en la sección 110(5) (uso empresarial y hogareño) de la ley estadounidense a la luz del test en tres pasos referido en el art. 13 de los ADPICs<sup>689</sup>. Allí se adoptó una interpretación esencialmente cuantitativa del primer criterio<sup>690</sup>. Partiendo del número de los potenciales afectados por el derecho contemplado en el art. 11bis.1 CB<sup>691</sup> y de datos empíricos sobre los establecimientos afectados por la limitación, se consideró que el porcentaje de los afectados por los usos exceptuados —la comunicación pública en establecimientos comerciales con una cantidad limitada de metros cuadrados— era demasiado elevado<sup>692</sup>. No obstante, este razonamiento no debe adoptarse como criterio interpretativo con carácter general, ya que, por un lado, la mayoría de las veces no existirán los medios para realizar los cálculos referenciados y, por otro, no todas las limitaciones se pronunciarán sobre una concreción tan específica y fácilmente

---

<sup>689</sup> Informe del Grupo Especial de la OMC, de 15 de junio de 2000, WT/DS160/R.

<sup>690</sup> Aunque también se apuntó la valoración normativa (cfr. párr. 6.109): “También debemos dar plena vigencia al sentido corriente de la segunda palabra de la primera condición. El término “especial” significa “que tiene una aplicación o propósito individual o limitado”, “que contiene detalles; precisos, específicos”, “excepcional en calidad o en grado; inusual; fuera de lo ordinario” o “característico de alguna manera.” “Este término significa que se requiere algo más que una definición clara a fin de cumplir la norma de la primera condición. Además, las excepciones o limitaciones deben ser limitadas en cuanto a su campo de aplicación o excepcionales en su alcance. En otras palabras, una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo. Esto sugiere un ámbito reducido así como un objetivo excepcional o característico. Para situar este aspecto de la primera condición en el contexto de la segunda condición (“que no atenten contra la explotación normal”), las excepciones o limitaciones deben ser lo contrario de un caso que no sea especial, es decir de un caso normal.”

<sup>691</sup> “1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: (i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; (ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; (iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.”

<sup>692</sup> De acuerdo con las cifras arrojadas por un estudio realizado sobre la limitación en conflicto, se había estimado que el 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y el 73 por ciento de los de servicios de bebidas quedaban comprendidos dentro del límite de 3.750 pies cuadrados, y que el 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista estaban comprendidos en el límite de 2.000 pies cuadrados. *Vid.* Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R, párrs. 2.12 y 6.2 37.

cuantificable de una modalidad de explotación, sino en relación con todos los derechos de explotación considerados en abstracto<sup>693</sup>. Además, en ningún caso una interpretación como la apuntada se hace eco de la necesaria ponderación de intereses inherente a la regulación de la propiedad intelectual.

*c4 Los criterios del test: 2º- la explotación normal de la obra*

El segundo de los requisitos que deberán observar las limitaciones es que su aplicación “no entre en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación”. Tradicionalmente se le ha dado mucha importancia a este requisito, aunque en obras recientes se ha cuestionado su relevancia reclamándose un papel protagonista a la última fase del test<sup>694</sup>.

Es comúnmente aceptado que “explotación normal” se refiere tanto a las explotaciones actuales (que tienen lugar en un lugar y en un mercado concreto), como a las potenciales<sup>695</sup>, ya que de lo contrario se estaría abortando el desarrollo de mercados incipientes. No obstante, el problema obvio que presenta la determinación de la expresión “explotación normal de la obras” es cómo evitar que la explotación normal se extienda sobre todos y cada uno de los usos que puedan tener significación comercial, por mínima que ésta sea, interpretación que, llevada a su máxima expresión, implicaría la inadmisibilidad de las limitaciones, cualesquiera que fueran<sup>696</sup>. Para evitar que la exigencia del segundo criterio restrinja más allá de lo razonable el campo de acción de las limitaciones, parece necesario adoptar, nuevamente, una interpretación normativa del mismo<sup>697</sup>. En esta línea se pronuncia el panel de la OMC en el asunto anteriormente referenciado, en el que se concluye que una manera de evaluar la constatación normativa de la

---

<sup>693</sup> M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), p. 143.

<sup>694</sup> C. GEIGER, «The Three Step Test...», (2006) y «Le rôle du test des trois étapes...», (2007).

<sup>695</sup> Preparatory Documents: S/1, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 112.

<sup>696</sup> S. DUSOLIER, «L'encadrement des exceptions...», (2005), p. 219. *Vid.* también C. GEIGER, «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), p. 7.

<sup>697</sup> C. GEIGER, «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), p. 8, quien considera necesario adoptar además una concepción extremadamente restrictiva de la noción de explotación normal. Se pronuncia en general en contra de una interpretación rigurosa del test en tres pasos J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, en *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 237.

explotación normal consiste en examinar, además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica<sup>698</sup>. No se trata, pues, de valorar el conflicto con cualquier mercado potencial, sino sólo con los modos esenciales de explotación de las obras<sup>699</sup>. Existirá un conflicto con la explotación normal de la obra cuando los titulares de derechos se vean privados de una fuente importante de ingresos que reviste cierta importancia teniendo en cuenta el conjunto de modalidades de explotación del tipo de obras afectadas<sup>700</sup>. Las explotaciones residuales que, siguiendo con una interpretación normativa del precepto, no contribuyen a la consecución de los objetivos perseguidos por el paradigma de la esfera pública quedan a *priori* al margen de toda consideración. Sería el caso de la posibilidad de licenciar la cita. Tal mercado, aún concebido de manera potencial, no sólo no contribuye a la consecución de los objetivos inherentes a la regulación de la propiedad intelectual, sino que llega a obstaculizarlos.

Este criterio es el que probablemente ha llevado a varios legisladores nacionales a expulsar del ámbito de aplicación de las limitaciones con fines docentes a las obras de “concebidas con fines pedagógicos” (Francia<sup>701</sup>), a las que en la práctica son utilizadas para actividades similares a los amparados por la limitación (Estados Unidos<sup>702</sup>), o, en el caso español, a “los libros de texto y los manuales universitarios”<sup>703</sup>.

---

<sup>698</sup> Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R, párr. 6.180, p. 54.

<sup>699</sup> S. DUSOLLIER, «L'encadrement des exceptions...», (2005), p. 220.

<sup>700</sup> M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), p. 194.

<sup>701</sup> Art. L122-5.3°e) Code de la Propriété Intellectuelle. *Vid. infra* Capítulo 3 apartado III.3.2.B1.

<sup>702</sup> Nótese que la sección 110(2) de la *Copyright Act* además de dejar al margen de la limitación a las “obras producidas o comercializadas principalmente para su comunicación en actividades de enseñanza mediada impartida a través de redes digitales”, tampoco resulta aplicable a “los materiales típicamente adquiridos por los estudiantes para su utilización y uso independientes”. *Vid. infra* Capítulo 3 apartado III.4.2.A1.

<sup>703</sup> Art. 32.2 LPI. *Vid. infra* Capítulo 3 apartado II.5.2.B.



*c5 Los criterios del test: 3º- el perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho*

El tercero de los criterios a tener en cuenta exige que las limitaciones “no perjudiquen de manera injustificada los intereses legítimos del titular del derecho”. A diferencia del que acabamos de estudiar, este criterio introduce *per se* cierta flexibilidad en el test —se tienen en cuenta los intereses del autor pero también los de los usuarios— y permite calibrar mejor el equilibrio de intereses que se predica de la regulación de la propiedad intelectual, al reconocer que pueden resultar conforme a derecho ciertos perjuicios a los intereses del titular si aquellos resultan justificados.

Ha de señalarse, en primer lugar, que el concepto de *intereses* trasciende el concepto de derechos. Aquellos no se deben entender en el sentido de meros intereses jurídicos o legales —p. ej. la reivindicación del ejercicio de un derecho patrimonial por el mero hecho de que está reconocido con carácter general a favor de los autores—, sino en un concepto normativo, habida cuenta los objetivos de protección de los derechos exclusivos<sup>704</sup>. Los intereses pueden ser de naturaleza económica —la pretensión de recibir una remuneración— o moral —el reconocimiento de la autoría— y, en todo caso, han de ser *legítimos*, no caprichosos. La legitimidad requiere, pues, una primera valoración de los mismos desde el lado del autor. No todos los intereses van a ser tenidos en cuenta, sino sólo aquellos que resulten lícitos de acuerdo con los fines y objetivos de la regulación de la propiedad intelectual<sup>705</sup>. Así, las pretensiones de los titulares de retener el *ius prohibendi* sobre usos como la parodia para eludir toda posibilidad de crítica no pueden ser considerados como intereses legítimos; como tampoco podrían serlo la pretensión de un control absoluto de una forma de explotación que, de acuerdo con el estado de la técnica —perspectiva fáctica— y la probable colisión con derechos fundamentales —perspectiva jurídica (pensamos en la protección de la intimidad)—, deviene incontrolable: p. ej. la copia privada en el entorno analógico<sup>706</sup>.

---

<sup>704</sup> Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R, párr. 6.2 24, p. 66.

<sup>705</sup> S. DUSOLLIER, «L'encadrement des exceptions...», (2005), p. 221.

<sup>706</sup> M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), p. 231.

Por otro lado, cualquier perjuicio a los intereses legítimos del autor debe estar *justificado*. El legislador se refiere con este parámetro al otro lado de la balanza, el de los beneficiarios o del público. Se trata de verificar, nuevamente a la luz del paradigma de la esfera pública, si realmente la limitación contribuye a una finalidad legítima, a garantizar el acceso del público a la obra o el fomento de la discursividad. Las limitaciones que no contribuyen a tales objetivos no son necesarias, son, por definición, injustificadas, por lo que no resultarán tolerables.

Tener en cuenta, por un lado, los intereses legítimos del autor y, por otro, la finalidad de la limitación requiere que, de entre todas las medidas posibles para alcanzar el objetivo de la limitación, debe adoptarse aquella que menos perjudique a sus intereses legítimos. La relación entre la necesidad de la medida, es decir, de la limitación, y la defensa de los intereses del autor puede expresarse en términos de un análisis de proporcionalidad que vincula ambos requisitos entre sí. La medida adoptada debe ser idónea para alcanzar el objetivo perseguido y, de entre todas las posibles, la menos perjudicial para los intereses legítimos del titular de derechos. Sólo concurriendo ambas condiciones se podrá salvar la legitimidad de la limitación. Y es precisamente el análisis de proporcionalidad el que modula las características y la técnica de restricción. La aplicación del test de proporcionalidad podrá requerir la imposición de una licencia no voluntaria en lugar de una excepción o uso gratuito—respetando así los intereses económicos del autor<sup>707</sup>—, o requerir la sujeción de la misma a ciertas condiciones o directrices que delimiten su ámbito de aplicación<sup>708</sup>. Conforme a lo dicho, resulta del todo comprensible que, por ejemplo, el legislador belga haya sometido la limitación relativa a la comunicación pública de obras protegidas con fines de ilustración en la enseñanza a un régimen de licencia no obligatoria —especialmente si tenemos en cuenta que no se imponen restricciones cuantitativas, es decir, que se permite la

---

<sup>707</sup> S. RICKETSON, *Study on Limitations and Exceptions...*(2003), p. 78. El profesor australiano, al comentar la DDASI, destaca como candidatas a la exigencia de una remuneración las limitaciones contempladas en las siguientes letras del art. 5.3: b) —discapacidad—, c) —usos con fines de seguridad pública— y g) —uso durante las celebraciones religiosas y oficiales—. Léase también S. DUSOLLIER, «L'encadrement des exceptions ...», (2005), p. 221.

<sup>708</sup> S. RICKETSON, *Study on Limitations and Exceptions...*(2003), p. 29.

comunicación de la obra en su integridad—<sup>709</sup>; o que el legislador español al definir la limitación docente del art. 32.2 como un uso gratuito haya incluido restricciones cuantitativas<sup>710</sup>. También en el tercer criterio se halla la racionalidad de la imposición de requisitos que intentan evitar una diseminación descontrolada de la obra, por ejemplo, imponiendo que, para el caso de la comunicación pública en actividades de enseñanza a distancia, la transmisión se realice en redes cerradas —nuevamente el caso belga<sup>711</sup>—. De ahí que, como afirmábamos al principio, el tercer criterio se erija como el más adecuado para calibrar el equilibrio de intereses y pueda utilizarse, por tanto, como herramienta de política legislativa para adecuar la regulación de la propiedad intelectual. Nótese que, por el contrario, el segundo criterio no admite tal ponderación de intereses, y, ni siquiera, si atendemos a los antecedentes de la norma, tolera la previsión de un régimen de licencia no voluntaria<sup>712</sup>.

#### *c6 La lectura del test en tres pasos*

Basta que se incumpla uno de los criterios del test en tres pasos para que se considere que una limitación vulnera lo previsto en el art. 5.5 y, por tanto, no es permitida. Ello, en una interpretación literal y conforme al orden de los criterios seguido en el precepto, implica que una limitación que afecte a la explotación normal de la obra, aún cuando no perjudique *de manera injustificada* los intereses del titular de derechos, no será legítima. No puede más que concluirse lo absurdo de esta sentencia. De ahí que autores como GEIGER hayan propuesto una lectura correctora del precepto. El investigador del Max-Planck-Institut sugiere el estudio de dos vías que faciliten soluciones más equitativas. La primera de ellas nos invita a empezar por el tercer criterio y a valorar el segundo de forma restrictiva, de modo que se le facilite al juez un margen mayor de maniobra para valorar la limitación a la luz

---

<sup>709</sup> Art. 22§1.4°quater de la *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*. Vid. infra Capítulo 3 apartado III.2.2.F.

<sup>710</sup> Vid. infra Capítulo 3 apartado II.4.

<sup>711</sup> Art. 22§1.4°quater de la *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*. Vid. infra Capítulo 3 apartado III. 2.2.C.

<sup>712</sup> M. FICSOR, «How much of what?...», (2002), p. 125; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three...*, (2004), p. 130.

del equilibrio de intereses<sup>713</sup>. La segunda solución nos lleva a la arena del *fair use*: el juez deberá considerar el juego entre los diferentes factores que componen el test sin que ninguno de ellos resulte determinante<sup>714</sup>.

#### D. Medidas tecnológicas de protección y limitaciones

Otra cuestión de gran relevancia a tener en cuenta cuando tratamos de limitaciones a los derechos de autor es la relación entre éstas y las medidas tecnológicas de protección. La protección de la tecnología responde en el Derecho comunitario a un doble objetivo: por un lado, otorgar a los titulares de derechos la protección jurídica suficiente para el empleo de medidas tecnológicas de protección y sistemas que permitan la gestión electrónica de derechos con el fin de facilitar el desarrollo de nuevos modelos de negocio y promover así el mercado europeo de obras protegidas. Y, por otro, implementar las obligaciones requeridas por los *Tratados de Internet* —el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF)—. Respecto a este último objetivo, cabe recordar que el artículo 11 del TODA—en términos similares a los del art. 18 del TOIEF— dispone que:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.”

Partiendo de tales premisas, los países signatarios disponen de un amplio margen de maniobra para dar cumplimiento a las obligaciones citadas. Éste se manifiesta, por un lado, en el alcance de las

---

<sup>713</sup> Por el contrario, J. GONZÁLEZ DE ALAIZA recuerda que el orden de los criterios fue concienzudamente establecido por el legislador convencional y considera desacertada la inversión del segundo y el tercero que realiza nuestro legislador en el art. 40 bis. En *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 244.

<sup>714</sup> C. GEIGER, «The Three Step Test...», (2006), pp. 697-699. Del mismo autor «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), pp. 22-25.

prohibiciones relativas a la elusión de las medidas tecnológicas y, por otro, en relación con el tipo de medidas tecnológicas objeto de protección. En cuanto al primer punto, cabe la posibilidad de prohibir sólo los actos de elusión, sólo los actos preparatorios, o una combinación de ambos<sup>715</sup>. Respecto a las medidas tecnológicas, cabe distinguir entre medidas de control de acceso o medidas de control de copiado. Pues bien, como veremos inmediatamente al referirnos a las disposiciones de la DDASI, la Comunidad Europea se ha decantado por extender tales posibilidades al máximo, de modo que prohíbe los actos de elusión y los actos preparatorios, tanto en relación con las medidas de control de acceso como las anticopia.

La regulación de las medidas tecnológicas de protección se contempla en el art. 6 de la DDASI. Esta disposición es, sin lugar a dudas, de las más complejas de la Directiva y fue, junto con el art. 5, de las más discutidas. El artículo se estructura en cuatro apartados. El primero de ellos prohíbe los actos de elusión. El segundo prohíbe los denominados actos preparatorios. El tercero define las medidas tecnológicas de protección. Y finalmente el cuarto, el que a nosotros más nos interesa, trata la interrelación entre las éstas y las limitaciones. Aludiremos brevemente al contenido de los tres primeros apartados para luego centrarnos en el último de ellos.

En primer lugar, la DDASI impone a los Estados que adopten una protección adecuada tanto en relación con los actos de elusión de medidas tecnológicas efectivas llevados a cabo por personas individuales, si éstas tienen conocimiento de que persiguen tal objetivo (art. 6.1), como respecto a los denominados actos “preparatorios” (art. 6.2<sup>716</sup>). El apartado 3º del art. 6 define a continuación las medidas tecnológicas como:

---

<sup>715</sup> IVIR, Study on the implementation... (2007), p. 73.

<sup>716</sup> “Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que:

a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o

“toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE.”

En todo caso, la protección sólo se otorga en relación con las medidas “eficaces”. A diferencia de los *Tratados de Internet*, la DDASI define cuándo una medida ha de ser considerada eficaz:

“las medidas tecnológicas se considerarán “eficaces” cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.”

La definición de las medidas queda, por tanto, vinculada a la voluntad del titular de derechos y no, necesariamente, a la prevención de un acto protegido por la propiedad intelectual. De este modo, la protección de la tecnología parece extenderse incluso a utilidades que tradicionalmente quedan al margen de los derechos de explotación del autor<sup>717</sup>.

---

b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o

c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.”

<sup>717</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 131 y 163. Al referirse a la protección otorgada a los dispositivos técnicos subraya la autora: «La protection devient plus large: c'est un critère subjectif (lié à la volonté de l'auteur qui la gouverne), et non plus un critère objectif (lié à la définition des droits et de leurs limitations)». Últ. p. cit.

La opción adoptada por el legislador comunitario no sólo ha sido criticada por la doctrina, sino que ha sido matizada por algunos legisladores nacionales: por ejemplo, en Austria (sección 90c) y Suecia (art. 52 e *in fine*) se ha vinculado la protección con la existencia de un derecho exclusivo. Léase al respecto F. GOTZEN, «Le droit d'auteur en Europe...», (2007), pp. 39-49; y M. M. WALTER, «Transposition de la Directive 2001/29/CE...», p. 60, quien cuestiona la compatibilidad de la sección 90c anteriormente citada con el texto comunitario.

De la articulación entre la protección de las medidas tecnológicas de protección y el disfrute de las limitaciones se encarga el apartado 4 del art. 6 DDASI<sup>718</sup>. La mentada disposición introduce una cláusula de salvaguarda que suaviza la supremacía absoluta de las medidas tecnológicas de protección respecto a determinadas limitaciones, al prever las bases para la puesta en marcha de mecanismos que hagan efectivo su disfrute cuando éste se vea dificultado por la presencia de protección técnica. Los mecanismos previstos a tal efecto entrarán en juego con carácter obligatorio respecto a las denominadas *limitaciones privilegiadas*<sup>719</sup>, entre las que se encuentra la relativa a la ilustración con

---

<sup>718</sup> “No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.

Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5, a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones. Tanto las medidas tecnológicas adoptadas voluntariamente por los titulares de los derechos, incluidas las derivadas de acuerdos voluntarios, como las adoptadas en aplicación de medidas adoptadas por los Estados miembros, disfrutarán de la protección jurídica prevista en el apartado 1.

Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido.

Cuando el presente artículo se aplique en el contexto de las Directivas 92/100/CEE y 96/9/CE, el presente apartado se aplicará mutatis mutandis.”

<sup>719</sup> Las contempladas respecto al derecho de reproducción en el art. 5.2 letras a) —reprografía—, c) —a favor de bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos—, d) —grabaciones efímeras de realizadas por organismos de radiodifusión—, y e) —radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales—; y, respecto de los derechos de comunicación al público y reproducción, las previstas en el art. 5.3 letras a) —ilustración con fines educativos o de investigación científica—, b) —a favor de discapacitados— y e) —seguridad pública y procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales—.

fines educativos (art. 5.3 a)). Es decir, en el caso de que se haya contemplado alguna/s de las limitaciones —facultativas— de la lista contemplada en el art. 6.4.1º, ésta/s deberá/n disfrutar del régimen especial relativo a la interacción entre las limitaciones y las medidas de protección<sup>720</sup>. Pese a que la mayoría de los Estados han respetado el carácter imperativo de la lista, Bélgica no ha incluido en su formulación interna de limitaciones privilegiadas la relativa a la comunicación al público con fines de ilustración en la enseñanza<sup>721</sup>. A la lista de las privilegiadas, se le suma un “pasajero de segunda”: la copia privada. Para ésta, los Estados pueden decidir o no otorgarle una especial protección, pero si lo hacen deberán respetar los requisitos impuestos por el párrafo 2º del art. 6.4<sup>722</sup>. Finalmente, respecto a las restantes limitaciones, se ha concluido que la tecnología ejerce su primacía absoluta, sin que los ordenamientos nacionales puedan disminuir tal

---

Las razones de la selección efectuada no son del todo claras. Sin duda, al reconocérseles el trato de favor que dispone el art. 6.4, se está poniendo de manifiesto su particular importancia —el Considerando 51 alude al *orden público*—. No obstante, al comparar las limitaciones protegidas y las que no, se nos antoja difícil resolver el dilema: ¿o es que la cita y la parodia no responden a objetivos tan dignos de protección como las otras?, y ¿qué decir respecto a las previstas en relación con el derecho de información? No sorprende por tanto que la doctrina haya criticado la opción del legislador, al no hallar ninguna justificación que resulte demasiado convincente para la selección por éste efectuada. Entre otros: S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), pp. 166 y ss.; IVIR, en *Study on the implementation...* (2007), pp. 108 y 110. En nuestra doctrina: J. J. MARÍN, «La copia privada frente...», (2005), p. 46; J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 275.

<sup>720</sup> Lo cual no deja de ser paradójico si atendemos al régimen facultativo de las excepciones y al margen de discrecionalidad otorgado a los estados en lo que se refiere a los requisitos que deben observar cada una de ellas.

<sup>721</sup> Cfr. arts. 79 bis §2 y 87 bis *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*, en la versión dada por la *Loi du 22 Mai de 2005 transposant en droit belge la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*.

<sup>722</sup> “Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5, a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones.”



poderío<sup>723</sup>. No obstante, la ausencia de una justificación razonable para la inclusión de unas limitaciones y no otras en la lista del art. 6.4, ha llevado a J. GONZÁLEZ DE ALAIZA a plantearse, con acierto, la posibilidad de que los Estados miembros también puedan aplicar la cláusula de la salvaguarda a las limitaciones que en el texto comunitario se quedan en el “arcén”. En palabras del autor citado

«quizá sería posible entender que como sobre las mismas [las limitaciones no privilegiadas] nada se establece, el legislador nacional no está vinculado por la DDASI en este punto. Esta alternativa puede apoyarse en los dos argumentos siguientes. En primer lugar, entre las limitaciones protegidas no se encuentra la de las reproducciones provisionales (art. 5.1 de la DDASI), y resulta evidente, por su imperatividad, que ésta no puede quedar sujeta a la implementación de medidas tecnológicas que la impidan. En segundo lugar, algunas de las excepciones que no se encuentran entre las ocho del art. 6.4 de la DDASI responden a iguales razones de interés general que aquéllas (p. ej., el derecho de cita), por lo que el trato diferenciado no está justificado. Entonces, la lectura propuesta es que mientras a las excepciones del art. 6.4.1º la adopción de medidas es obligatoria para los Estados miembros, respecto al resto de las excepciones es una facultad»<sup>724</sup>.

De hecho, algunos Estados miembros sí han incluido en sus listas privilegiadas excepciones no contempladas en el párrafo 1º del art. 6.4. Así, Chipre<sup>725</sup> y Malta<sup>726</sup> respecto al derecho de cita.

En todo caso, se supedita el disfrute de las limitaciones a que los beneficiarios tengan *legalmente acceso* a la obra o prestación protegidas. La doctrina, a la luz de este último requisito, ha concluido que el ámbito objetivo de aplicación del art. 6.4 afecta sólo a las medidas anticopia y no a las de control de acceso, al configurarse el acceso lícito como una

---

<sup>723</sup> Diversos argumentos sostienen esta postura: el régimen específico de la copia privada; la armonización total de la Directiva en lo que se refiere a la protección de la tecnología; etc. En nuestra doctrina, sugieren que la lista es *numerus clausus* I. GARROTE (*El derecho de autor en Internet...* (2003), p. 577) y J. J. MARÍN («La copia privada frente...», (2005), p. 45).

<sup>724</sup> J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 275.

<sup>725</sup> Art. 7.2.6 de la ley chipriota, según lo contemplado en G. WETSKAMP, *Study on the implementation...* Part II, (2007), p. 145.

<sup>726</sup> 9.1(b), *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

*conditio sine que non* para que se aplique la solución prevista en el art. 6.4<sup>727</sup>. Entendemos que tal precisión sólo resulta aplicable respecto a las medidas que impiden el acceso “por primera vez”, no, en general, a todas las medidas antiacceso —p. ej. si control de acceso impide que un *e-book* se visualice en más de un ordenador, tengo acceso lícito pero no puedo utilizarlo en el ordenador de sobremesas de mis clases—.

Los cauces ideados en las instancias comunitarias parten de la primacía de la voluntad de los titulares de derechos. De acuerdo con lo previsto en el art. 6.4.1°, sólo si éstos no adoptan medidas voluntarias que faciliten a los beneficiarios (los medios adecuados para) el disfrute de las limitaciones, resulta oportuna la intervención de las medidas coercitivas. Así, el legislador comunitario se manifiesta claramente a favor de la subsidiariedad, dando prioridad a las acciones voluntarias adoptadas por los titulares de derechos, lo cual debe leerse como una invitación —a veces en los textos de transposición una exigencia<sup>728</sup>— al mercado para que *motu proprio* ponga en marcha mecanismos a tal efecto —p. ej. tener en cuenta la articulación entre la protección tecnológica y el disfrute de determinadas limitaciones al diseñar “el envoltorio” de las obras protegidas—.

Las medidas adoptadas por los titulares de derechos podrán ser unilaterales o, llegado el caso, derivarse de la conclusión de acuerdos

---

<sup>727</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 175; J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), pp. 264-265.

<sup>728</sup> La voluntariedad del texto comunitario choca con la inclusión en varios de los textos nacionales de transposición de la DDASI de una verdadera obligación de poner a disposición de los usuarios los medios adecuados para el disfrute de las excepciones. En la ley alemana no sólo se dispone de manera explícita tal obligación (sección 95b1 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*) sino que se impone una sanción administrativa de hasta 50.000 euros a los titulares de derechos que no pongan a disposición de los usuarios los medios que faciliten los usos amparados por las limitaciones privilegiadas (sección 111a).

Otros Estados miembros también han incluido en sus legislaciones la obligación de los titulares de derechos de garantizar a los usuarios el ejercicio de las limitaciones, aunque aparentemente la negativa a llevarlo a cabo no lleva aparejada sanción alguna, sino simplemente la iniciación, a instancias del interesado, de un procedimiento a tal efecto (*vid. infra*). Es el caso de Bélgica (article 79 *bis Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.*), Letonia, (sección 18.4-5 *Copyright Law*) y Lituania (art. 75, *Law on Copyright and Related Rights*).

con otros interesados. Nótese que la DDASI se refiere a interesados y no a usuarios o representantes de los usuarios, de modo que los acuerdos, sin perjuicio de que se concluyan con estos últimos, podrán asimismo negociarse con terceros no usuarios: así, los distribuidores de las obras protegidas, los desarrolladores de software, etc.<sup>729</sup> Es más, incluso allá donde la normativa interna se refiere sólo a los acuerdos con los beneficiarios o sus representantes, entendemos que las medidas que se desprendan de acuerdos con terceros son igualmente lícitas, al quedar asimiladas a las medidas unilaterales<sup>730</sup>. En el caso de acuerdos con representantes de los usuarios, éstos nos parecen factibles cuando los beneficiarios de las limitaciones se correspondan con un sector claramente identificado —p. ej., bibliotecas, asociaciones de discapacitados, etc.—, pero parece más complicado para aquellas limitaciones cuyo ámbito subjetivo no aparece necesariamente definido —así en algunas de las disposiciones nacionales relativas a las limitaciones docentes, p. ej. en Holanda<sup>731</sup>, Luxemburgo<sup>732</sup> o Malta<sup>733</sup>—.

A falta de la iniciativa de los titulares de derechos, los Estados deberán prever un régimen apropiado que garantice el disfrute de las limitaciones. Pero el legislador comunitario “no se moja”. Se limita a indicar que los Estados deberán adoptar las “medidas pertinentes”, sin concretar en qué pueden consistir tales medidas<sup>734</sup>, ni tan siquiera proporcionar orientación alguna sobre su estatus, formal y sustantivo.

---

<sup>729</sup> Léase al respecto S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 169.

En todo caso entendemos que sólo los acuerdos con los beneficiarios o sus representantes podrían beneficiarse de una presunción de conformidad, como la que se dispone en el art. 95 b (2 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*) in fine del texto alemán.

<sup>730</sup> A éstos efectos resulta muy ilustrativa la definición que la normativa británica proporciona de los acuerdos voluntarios en la sección 296ZE de la *Copyright Designs and Patents Act* (1): “In this section - [...] “voluntary measure or agreement” means - (a) any measure taken voluntarily by a copyright owner, his exclusive licensee or a person issuing copies of, or communicating to the public, a work other than a computer program, or (b) any agreement between a copyright owner, his exclusive licensee or a person issuing copies of, or communicating to the public, a work other than a computer program and another party, the effect of which is to enable a person to carry out a permitted act.”

<sup>731</sup> Art. 16, *Auteurswet 1912*.

<sup>732</sup> Art. 10(1)2, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>733</sup> Sec. 9(1)h, *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

<sup>734</sup> IVIR, *Study on the implementation...* (2007), p. 109.

Las soluciones previstas en los diferentes Estados miembros, sin agotar las posibilidades aventuradas por la doctrina<sup>735</sup>, son de lo más diversas. Ciertos Estados (Alemania<sup>736</sup>, Bélgica<sup>737</sup>, Luxemburgo<sup>738</sup> y Suecia<sup>739</sup>) han reconocido a favor de los beneficiarios de las limitaciones y/o sus representantes una acción directa ante los tribunales. En Francia<sup>740</sup> se ha recurrido a un procedimiento administrativo, mientras que en Italia<sup>741</sup>, Letonia<sup>742</sup> y Lituania<sup>743</sup> se ha optado por procedimientos de arbitraje o mediación. Es más, en Portugal se establece la obligación de los titulares de proceder al depósito legal en el IGAC (*Inspecção-Geral das Actividades Culturais*) de los medios que faciliten el ejercicio de las limitaciones privilegiadas<sup>744</sup>. Ante la inacción del titular, y siempre que se verifique que una medida tecnológica impide o restringe el disfrute de las limitaciones privilegiadas, el afectado podrá solicitar al IGAC el acceso a los medios que le permitan beneficiarse de las utilidades permitidas<sup>745</sup>. Si existiera un desacuerdo sobre el tema se posibilita el recurso al arbitraje<sup>746</sup>. En otros países se ha llegado a instituir un verdadero derecho de elusión de las medidas tecnológicas a favor de los usuarios. Es el caso de Dinamarca donde, si los titulares no cumplen con la orden del tribunal competente de poner a disposición de los

---

<sup>735</sup> Las medidas propuestas por la doctrina van desde la incitación a negociaciones contractuales hasta el depósito de claves o de copias analógicas en ciertas instituciones. Léase al respecto S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 172-173 y bibliografía allí citada.

<sup>736</sup> §95b (2) and §111a *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965.

<sup>737</sup> Art. 87 bis *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

<sup>738</sup> Art. 71 *quinquies* y art. 81, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>739</sup> Art. 52 f, *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*, según la traducción del Ministerio de Justicia, accesible en <http://www.regeringen.se/sb/d/5825/a/54200;jsessionid=a-qnu4MsM3Ad>.

<sup>740</sup> Art. L331-6 *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>741</sup> Arts. 71-*quinquies* 2 y 4, 190 y 194-bis, *Legge 22 aprile 1941, n.633, recante protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio et Decreto legislativo 9 aprile 2003, núm. 68*.

<sup>742</sup> §18.5 *Copyright Law*, según la traducción del Ministerio de Justicia, accesible en <http://www.km.gov.lv/ui/ImageBinary.asp?imageid=360>.

<sup>743</sup> Art. 75 (4) *Law on Copyright and Related Rights*, de acuerdo con la traducción inglesa oficial, accesible en <http://www3.lrs.lt/cgi-bin/getfmt?c1=w&c2=226598>.

<sup>744</sup> Art. 221.1 *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

<sup>745</sup> Art. 221.3 *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

<sup>746</sup> Art. 221.4 *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

usuarios los medios que posibiliten el disfrute de las limitaciones, éstos podrán proceder a la elusión de las medidas tecnológicas de protección<sup>747</sup>. Noruega prevé una solución similar<sup>748</sup> e, incluso, autoriza al Rey para que promulgue una norma que requiera que se proporcione de forma rutinaria a determinadas instituciones relacionadas con el sector del libro información sobre cómo eludir las medidas tecnológicas de protección y posibilitar las reproducciones lícitas<sup>749</sup>.

Sí prescribe la norma comunitaria la finalidad de los procedimientos. El cauce arbitrado en cada uno de los Estados miembros debe concluir con un mandato a los titulares de los derechos para que faciliten a los beneficiarios de las limitaciones privilegiadas los medios adecuados para su disfrute, pero no especifica el plazo mínimo que debe observarse para incoar el procedimiento específico ante la ausencia de medidas voluntarias —el Considerando 51 de la DDAS se limita a aludir a un “plazo razonable”—.

La DDASI tampoco dispone *a priori* en qué pueden consistir los “medios adecuados” para el disfrute de los límites. No nos dan demasiadas pistas los Considerandos, que simplemente aluden a la posibilidad de que se modifiquen las medidas, sin perjuicio del recurso a otros medios<sup>750</sup>. En todo caso, los medios pueden ser de naturaleza técnica y afectar directamente a las medidas de protección —p. ej. la neutralización de la medida, sea esta de forma absoluta o afecte a determinados usos—, o consistir en otras alternativas como la distribución de obras o prestaciones sin protección o, incluso, la discriminación de precios en función del tipo de usuario o del uso en sí mismo autorizado. La exigencia de que los medios sean adecuados requiere un análisis de proporcionalidad y, nos atreveríamos a sugerir, caso por caso de los medios en cuestión. Éstos deben resultar idóneos para garantizar los usos necesarios para el disfrute de la limitación, ni más ni menos. No se impone, por tanto, a los titulares de derechos que

---

<sup>747</sup> Art. 75d *Consolidated Act on Copyright 2003*.

<sup>748</sup> §53b II *Act No. 2 of 12 May 1961 Relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, etc.*.

<sup>749</sup> §53b *in fine Act No. 2 of 12 May 1961 Relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, etc.*

<sup>750</sup> Léase el Considerando 51.

procedan a la neutralización total de la medida si el disfrute de la limitación puede garantizarse por otros medios (p. ej., otorgándoles una clave para determinados usos o una copia analógica). Pero tampoco resultarán suficientes unos medios demasiados restrictivos que impidan el disfrute de la limitación en los términos autorizados por la ley (dependiendo del caso, la entrega de una copia analógica puede resultar claramente insuficiente)<sup>751</sup>.

Con la finalidad de evitar abusos potenciales<sup>752</sup>, el párrafo tercero del art. 6.4 otorga protección a las medidas adoptadas en virtud de los citados acuerdos o de las resoluciones dictadas por las autoridades competentes para garantizar el ejercicio de las limitaciones.

Finalmente, el párrafo cuarto dispone la anulación del régimen comentado en lo que se refiere a las obras puestas a disposición del público *on demand* y sujetas a contrato:

“Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido.”

El párrafo citado resultará aplicable a buena parte de los recursos puestos a disposición del público a través de los servicios electrónicos

---

<sup>751</sup> Nótese que la alusión a los “medios adecuados” en el art. 6.4 de la DDASI parece sólo referirse a la intervención estatal, pero no, en principio, a las medidas voluntarias adoptadas por los titulares. No obstante, estimamos que ello resulta igualmente aplicable a estas últimas, ya que la adopción de medidas unilaterales que no consistieran en la facilitación de medios adecuados al disfrute de los medios adecuados despojaría a la norma de sentido. De hecho, algunos Estados miembros han aludido a la idoneidad de las medidas voluntarias al realizar la correspondiente transposición de la norma e incluso han incluido una presunción de conformidad relativa a los medios puestos a disposición de los usuarios por los titulares de derechos, si éstos se desprenden de los acuerdos entre los titulares de derechos y los beneficiarios de las excepciones o, llegado el caso, los representantes de estos últimos. De acuerdo con lo dicho cabe concluir que, cuando no resulten apropiadas, las medidas voluntarias adoptadas por los titulares de derechos podrán ser desafiadas, pudiendo reivindicarse la puesta en marcha de las medidas coercitivas previstas por los Estados miembros.

<sup>752</sup> Considerando 51 *in fine*.

de documentación de los centros educativos. Estamos pensando en las bases de datos o en las revistas electrónicas respecto de las cuales los centros han concluido las respectivas licencias de suscripción. Tales obras no podrán utilizarse, por tanto, al amparo de las limitaciones docentes.

La norma se cierra con una remisión a la Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual —recientemente codificada en la Directiva 2006/115/CE— y a la Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de las bases de datos, imponiendo la aplicación del art. 6.4 a las obras y prestaciones protegidas por ambas. Quedan por tanto al margen de la norma, los programas de ordenador, que se regirán por su normativa específica, y los programas de cable y satélite.

Una última cuestión que deber tener en cuenta el legislador nacional es la relación entre limitaciones, medidas tecnológicas de protección y, cuando sea el caso, la compensación equitativa. Recordemos que el Considerando 35 dispone que

“El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva.”

Así, en aquellos casos en los que las limitaciones docentes lleven aparejado un régimen de remuneración, su determinación deberá tener en cuenta la aplicación eventual de la protección tecnológica.

## E. Consideraciones finales

Antes de proceder al análisis de las limitaciones docentes contempladas en el texto comunitario, merece la pena introducir una breve reflexión sobre algunas cuestiones generales a tener en cuenta al proceder a la exégesis de cada una de las limitaciones de la DDASI. Como se ha adelantado y constataremos al analizar el artículo 5.3 a), no siempre los requisitos contemplados para cada una de las limitaciones se enuncian de manera clara, por lo que ha de plantearse cuál es el criterio de interpretación más adecuado para los diferentes requisitos que la conforman. Desechamos *ab initio* una interpretación restrictiva de las

limitaciones, que sólo parece imponerse en relación con el entorno digital<sup>753</sup>. En el resto de los casos nos parece que lo más adecuado, salvo que una interpretación contextual o literal del precepto se pronuncie de manera manifiesta en sentido contrario, es abogar por una interpretación flexible.

En primer lugar, no hemos de olvidar que realmente la regulación de las limitaciones en la DDASI, como la de Berna en su momento<sup>754</sup>, responde a un compromiso político que con sus tira y afloja integra el amplio abanico de limitaciones hasta entonces existentes en los diferentes ordenamientos de los Estados miembros, defendidas a capa y espada por éstos en sus deliberaciones en el seno del Consejo<sup>755</sup>. De ahí la adopción de definiciones amplias que pretenden englobar el amplio espectro de limitaciones ya previstas en los diferentes países europeos. Ello no debe llevarnos a concluir, por supuesto, que todas las limitaciones tradicionales, contempladas con anterioridad a la publicación de la DDASI en el Derecho nacional, respetan lo previsto en texto comunitario, pero sí, salvo contadas excepciones, crea cierta presunción de conformidad respecto a la licitud de las mismas.

Además, el test en tres pasos, verdadera piedra de toque del régimen de las limitaciones, puede exigir a los Estados miembros que definan condiciones o restricciones específicas para cada una de las limitaciones incorporadas a la normativa estatal. El legislador comunitario ha optado por dejar las principales herramientas de política legislativa en manos de los Estados renunciando, como se ha mostrado en las páginas anteriores, a la armonización exhaustiva de las limitaciones. A nuestro juicio, la permisibilidad de las limitaciones dependerá mucho de la técnica de restricción y de otros requisitos que puedan imponerse en la normativa interna. Desde la perspectiva del legislador comunitario, el ámbito de aplicación de las limitaciones contempladas en el art. 5 no es

---

<sup>753</sup> EdM de la PIDDASI, p. 31.

<sup>754</sup> Aunque la metodología utilizada fue, obviamente, distinta.

<sup>755</sup> De hecho, de los debates en el Consejo puede concluirse que apenas ninguna de las limitaciones concebidas en el entorno analógico ha quedado al margen de la lista de las 20 excepciones más o menos delimitadas del artículo 5, sin perjuicio de que si no estuviera explícitamente incorporada, pudiera considerarse lícita en función de la cláusula abierta de la letra final del artículo 5.3.



estático, sino que se expande y se contrae reaccionado a la acción del Derecho nacional. Obviamente no se le exigirán, o no debieran exigírseles, los mismos requisitos a las limitaciones configuradas como usos gratuitos que a las que contemplan una remuneración para el titular de derechos.

Por otro lado, algunas de las limitaciones, tal y como aparecen previstas en la DDASI, pueden amparar multitud de supuestos. La tradición y la puesta en marcha de políticas públicas por los diferentes Estados, sin perjuicio de una mera cuestión de técnica legislativa, pueden originar una falta de identidad —en ningún caso prohibida— en la formulación de limitaciones comunitarias respecto a sus paralelas nacionales. Ésta no sólo se manifiesta en si las comunitarias encuentran o no su reflejo en el ordenamiento nacional o en los diferentes requisitos incorporados en el Derecho interno. El espejo estatal puede arrojar, dentro de los contornos especificados en la DDASI y para cada una de las limitaciones allí definidas, no sólo una imagen distinta de la allí prevista sino tantas como se le antoje al genio (a veces, cubista) del legislador. De hecho, veremos como para el caso de las limitaciones docentes algunos Estados han implementado no una sino varias limitaciones dependiendo, por ejemplo, del derecho afectado o de las actividades educativas a las que se refieren.

El verdadero alcance de las limitaciones deberá evaluarse, por tanto, en el Derecho nacional. En el apartado siguiente procederemos al estudio de una de las limitaciones tal y como viene configurada en la DDASI: la prevista en la letra *a)* del art. 5.3 No espere el lector hallar interpretaciones concluyentes y rigurosas respecto a cada uno de los requisitos exigidos en la misma. Será un poco más adelante, en el Capítulo 3, cuando, al estudiar las limitaciones docentes en nuestro Derecho y en el Derecho comparado, podremos verdaderamente verificar el alcance efectivo de las mismas, que será dispar, dependiendo de los requisitos y técnicas de restricción adoptadas en los diferentes ordenamientos así como de la interpretación del ámbito de aplicación de las mismas que se concluya a la luz del test en tres pasos.

## 1.2 La limitación relativa a la ilustración con fines educativos

### A. Introducción

El art. 5.3 de la Directiva otorga a los Estados la facultad de incluir “excepciones y limitaciones” al derecho de reproducción reconocido a favor de los autores y titulares de derechos afines<sup>756</sup>, al derecho de comunicación al público por procedimientos alámbricos e inalámbricos incluida la puesta a disposición en línea de los autores<sup>757</sup> y al derecho exclusivo de puesta a disposición al público de los titulares de derechos afines<sup>758</sup>. Las limitaciones previstas al amparo del citado precepto, podrán extenderse al derecho de distribución<sup>759</sup> siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado<sup>760</sup>. El art. 5.3, en sus letras *a)* a *o)*, establece, como hemos visto, el catálogo de “excepciones y limitaciones” a los derechos aludidos que podrán contemplarse en el Derecho nacional.

En lo que a nosotros nos interesa, la letra *a)* del apartado 3 prevé la posibilidad de contemplar en los ordenamientos internos de los Estados miembros excepciones o licencias no voluntarias:

“cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”.

Pese a que el contenido del art. 5.3 *a)* fue objeto de diversas propuestas de modificación a lo largo del *iter* legislativo —y de un intenso debate especialmente en el seno del Consejo<sup>761</sup>—, su versión definitiva no se

---

<sup>756</sup> Art. 2 DDASI.

<sup>757</sup> Art. 3.1 DDASI. *Vid.* también Considerando 23 DDASI.

<sup>758</sup> Art. 3.2 DDASI.

<sup>759</sup> Art. 4 DDASI.

<sup>760</sup> Art. 5.4 DDASI.

<sup>761</sup> Véanse por ejemplo las reservas al texto consolidado del Documento oficioso de la presidencia de 22 de diciembre de 1999, Documento del Consejo 14238/99. La Delegación francesa plantea incluso una reserva general sobre la excepción (documento citado) y entiende que las cuestiones contempladas en el precepto deben tratarse en el marco contractual (documento del Consejo 8377/009).

aleja demasiado de la presentada en la Propuesta Inicial que establecía que:

“Los Estados miembros podrán establecer limitaciones de los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 [...] a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que se indique la fuente y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”<sup>762</sup>.

El Parlamento en su primera lectura introduce una enmienda en la que se establece con carácter imperativo una “compensación adecuada” a favor de los derechohabientes<sup>763</sup> y que pasaría a formar parte de la PMDDASI, que ajusta la versión española adoptando el término de “compensación equitativa”<sup>764</sup>. Este nuevo requisito es —ante las importantes reservas planteadas por los Estados miembros<sup>765</sup>— rechazado en la Posición Común del Consejo<sup>766</sup> que se limita a suavizar el reconocimiento de la fuente mediante la expresión “siempre que se

---

<sup>762</sup> La PIDDASI aludía de manera expresa a la disparidad de limitaciones docentes en el territorio comunitario: “Las excepciones con fines docentes o de investigación forman parte de otra importante categoría contemplada en la legislación de la mayoría de los Estados miembros, si bien el alcance de las mismas difiere sustancialmente. En algunos Estados miembros, las excepciones con fines educativos permiten copiar obras íntegras; en otros, únicamente pueden copiarse ciertas clases de obras o partes de las mismas a título de ilustración con fines docentes o para exámenes”. En p. 13 de la EdM PIDDASI.

<sup>763</sup> Literalmente “siempre que los derechohabientes reciban una compensación adecuada” (Enmienda 41).

<sup>764</sup> Art. 5.3 a) PMDDASI: “Los Estados miembros podrán establecer limitaciones de los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: [...] cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que se indique la fuente y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida, *siempre que los derechohabientes reciban una compensación equitativa*”.

<sup>765</sup> Manifestaron su oposición a la compensación equitativa: Austria, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Holanda, Irlanda, Reino Unido y Suecia. Léanse los Documentos del Consejo 5377/00 y 7179/00. No obstante, la compensación equitativa se mantiene en el texto transaccional (Documento 8695/00). Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido mantienen sus reservas al respecto; *vid.* Documento del Consejo 8647/00.

<sup>766</sup> Pár. 41 EdM del PCDDASI: “En su Enmienda 41, el Parlamento Europeo había sugerido condicionar la excepción de la letra a) a una compensación equitativa. La Comisión había hecho suya esta sugerencia. El Consejo, no obstante, la ha considerado innecesaria dado el carácter no mercantil de las actividades de que se trata y dada la posibilidad de que disponen los Estados miembros de imponer dicha condición [...]”.

indique, cuando sea posible, la fuente, con inclusión del nombre del autor”<sup>767</sup>. Con esta modificación se inicia el *baile de la fuente* —sobre el que volveremos al final de este apartado—, que se clausurará con la alusión contemplada actualmente en la norma.

A continuación procedemos al análisis de la disposición citada, interpretando cada uno de sus requisitos.

## B. Obras afectadas

El art. 5.3 a) permite la utilización de todo tipo de obras con excepción de las bases de datos (sobre el régimen aplicable a las bases de datos *vid. infra* apartado 2) y los programas de ordenador que se rigen por su regulación específica<sup>768</sup>. No se incluye de manera específica ninguna otra restricción cualitativa —como ocurrirá en buena parte de los ordenamientos internos respecto a las obras de naturaleza didáctica y otras obras consideradas especialmente sensibles (p. ej., las cinematográficas)<sup>769</sup>— ni cuantitativa<sup>770</sup>. La Directiva, por tanto, no sólo admite que las excepciones o licencias no voluntarias contempladas en los ordenamientos internos se refieran a la posibilidad de que se utilicen extractos de una obra protegida, sino también a la obra en su integridad<sup>771</sup>. Durante el trámite conducente a la Primera Lectura en el Parlamento, la Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación solicita que se restrinja el ámbito objetivo de la limitación a breves extractos de las obras cuando la utilización se refiera a la puesta a disposición del público<sup>772</sup>, pero tal propuesta no fructifica.

---

<sup>767</sup>Cfr. art. 5.3 a) PCDDASI.

<sup>768</sup> Art. 1.2 DDASI.

<sup>769</sup> *Vid. infra* Capítulo 3, apartado II.5.

<sup>770</sup> Sobre las restricciones cuantitativas incluidas en el Derecho nacional de los Estados miembros *vid. infra* Capítulo 3, apartado II.4.

<sup>771</sup> *Vid. Exposición de Motivos de la PIDDASI*, p. 36: “La letra a) del apartado 3 del artículo 5 autoriza a los Estados miembros para establecer una excepción al uso de una obra, tal como una obra literaria, una fotografía o un trabajo protegido, como puede ser una grabación sonora o visual, o partes de la misma [...]”.

<sup>772</sup> Enmienda 19 de la Opinión de la Comisión de Cultura, Juventud y Medios de Comunicación (ponente: M. Günther), que añadía como inciso final “en la medida en que se trate de breves extractos de obras lícitamente puestas a disposición del público”. Reproducida en el Informe sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y

No obstante, la cláusula general incluida en el precepto y la aplicación del art. 5.5 podrán exigir, dependiendo de la configuración que adopte la limitación en el ordenamiento interno la imposición de restricciones del tipo de las apuntadas.

### C. Derechos afectados

Las limitaciones contempladas en el art. 5.3 podrán afectar, con carácter cumulativo o no, al derecho de reproducción, al de comunicación y puesta a disposición al público y, en su caso —siempre que lo justifique la finalidad del acto autorizado—, al de distribución. Ya en la PIDDA SI se pone de manifiesto la intención del legislador comunitario de amparar bajo este apartado ciertos usos llevados a cabo en línea<sup>773</sup>. Si bien

“los Estados miembros deberán tener debidamente en cuenta el importante impacto económico que esta excepción podría tener cuando se aplique al nuevo contexto electrónico. Ello implica la posibilidad de que el ámbito de aplicación tenga que ser aún más limitado que con respecto al «entorno tradicional» cuando se trate de determinados usos y demás trabajos afines”<sup>774</sup>.

---

derechos afines en la sociedad de la información (Procedimiento Hughes) - Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, de 28 de enero de 1999, (Ponente: Roberto Barzanti); Documento PE 225.907/DEF - A4-0026/1999, p. 84.

<sup>773</sup> “Esta disposición [...] no sólo abarca las formas tradicionales de uso del material protegido, tales como mediante impresión y medios de radiodifusión, sino que también podría servir para eximir determinados usos en el contexto de entrega a la carta de obras y otros trabajos protegidos.” EdM PIDDA SI, p. 36.

<sup>774</sup> EdM PIDDA SI p. 36. Con el mismo espíritu, la Enmienda al art. 5.3 a) núm. 19, planteada por la Comisión de Cultura, Juventud y Medios de Comunicación, reproducida *ut supra* nota 772. La preocupación por los efectos que la extensión de la excepción con fines educativos al entorno digital pudiera tener sobre los titulares de derechos salió a la luz en varios de los documentos preparatorios. Léase, por ejemplo, el Proyecto de Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (COM(97) 0628 C4-0079/98 97/0359(COD)), Exposición de Motivos, donde refiriéndose a las limitaciones a favor de bibliotecas y a las referidas a los fines educativos o a los discapacitados, considera necesario “precisar mejor estas fórmulas ya que en el entorno digital puede casar daños irreparables a los derechos, a pesar de que las intenciones sean

Es en la Posición Común del Consejo cuando se incorpora en el Considerando 42 la referencia explícita a la educación a distancia. Volveremos sobre la enseñanza en línea en el Capítulo 3, apartado III, aunque cabe adelantar que algunos Estados miembros han actualizado sus limitaciones docentes para que resulten aplicables a la educación impartida a través de redes digitales.

#### D. Finalidad: la ilustración con fines educativos

El alcance de la limitación viene delimitado, principalmente, por su finalidad: la ilustración con fines educativos (y de investigación científica). En las Opiniones de la Comisión de Asuntos Económicos y la de Medio Ambiente<sup>775</sup> conducentes a la preparación de la Resolución del Parlamento en Primera lectura, se propone ampliar los fines de la limitación: en el caso de la primera a “fines educativos, pedagógicos y de investigación”<sup>776</sup> y en el de la segunda a “la educación, el aprendizaje, la investigación y fines de carácter privado”<sup>777</sup>, pero ninguna de ellas es incorporada al texto parlamentario.

¿Cuál es exactamente el alcance de la expresión “fines educativos”? La versión española, en lo que al término educativo se refiere, puede considerarse la más generosa en este aspecto. La francesa utiliza la expresión *illustration dans le cadre de l'enseignement*, la inglesa *illustration for teaching* y la portuguesa *ilustração para efeitos de ensino*. Más cercana a la española, pero a nuestro juicio también más restrictiva, la versión

---

muy nobles”. Reproducido en Informe sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (Procedimiento Hughes) - Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, de 28 de enero de 1999, (Ponente: Roberto Barzanti); Documento PE 225.907/DEF - A4-0026/1999.

<sup>775</sup> Reproducidas en el Informe sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (Procedimiento Hughes) - Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, de 28 de enero de 1999, (Ponente: Roberto Barzanti); Doc. PE 225.907/DEF - A4-0026/1999; pp. 32-48 (Comisión de Asuntos Económicos) y pp. 49-69 (Comisión de Medio Ambiente).

<sup>776</sup> Enmienda 18, (p. 47).

<sup>777</sup> Enmienda 24, (p. 62).

italiana hace referencia a la *finalità illustrativa per uso didattico*. En el lenguaje coloquial, “fines educativos” tiene, en nuestra opinión, una connotación más amplia que fines de enseñanza o fines didácticos, términos que tal vez hubieran sido más acordes con la lectura realizada por el conjunto de las restantes delegaciones. Los antecedentes de la DDASI nos remiten a la limitación contemplada en la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos<sup>778</sup> que, a su vez, retoma el artículo 10.2 del Convenio de Berna<sup>779</sup>. En las Actas de Berna el término enseñanza se ha interpretado que se refiere a la enseñanza llevada a cabo en instituciones educativas y universitarias, escuelas municipales y estatales, y escuelas privadas<sup>780</sup>. Tal interpretación parece requerir que el uso se oriente a una actividad más o menos organizada o al menos que se realice en torno a un programa educativo reconocido por un centro de enseñanza del tipo de los que acabamos de relacionar<sup>781</sup>. Dependerá, no obstante, de la normativa interna la concreción de qué centros y, sobre todo, qué tipo de enseñanza —reglada o no reglada— responde a las características citadas. En todo caso quede constancia que, a nuestro juicio, la interpretación de la Directiva puede realizarse en términos más amplios que los tolerados en Berna<sup>782</sup>. No olvidemos que el art. 10.2 CB no agota todas las posibilidades para la delimitación de todas las limitaciones docentes, sino que éstas pueden salvarse por la vía del art 9.2 CB<sup>783</sup>. En cambio, en la Directiva, la única puerta para las limitaciones docentes, al menos para las que adopten la forma de excepciones o licencias no voluntarias<sup>784</sup>, es la del art. 5.3 a) o, en su caso, la más estrecha del art. 5.3 o).

---

<sup>778</sup> EdM PIDDASI, p. 36.

<sup>779</sup> Nótese que en la versión español oficial del Convenio de Berna el término utilizado es enseñanza.

<sup>780</sup> Cfr. Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1148. *Vid.* supra apartado I.1.2.B

<sup>781</sup> En sentido similar, aún respecto a Berna, se pronuncia R. XALABARDER: «One must therefore conclude that, in order to satisfy the requirements of the exception, the teaching must lead to an “official” degree. [...]», en «Copyright and Digital...», (2003), p. 155.

<sup>782</sup> En el mismo sentido R. XALABARDER, en «Copyright and Digital...», (2003), p. 143.

<sup>783</sup> *Vid.* supra apartado I.1.3.

<sup>784</sup> *Vid.* infra apartado G sobre la técnica de restricción.

A los “fines educativos” le antecede la referencia a “ilustración” —*el uso tenga únicamente por objeto la ilustración*—, lo cual a primera vista, y citamos literalmente a XALABARDER, parece complicar de manera innecesaria el ámbito de la limitación<sup>785</sup>, sobre todo teniendo en cuenta que ésta puede amparar tanto supuestos de libre utilización como contra-remuneración<sup>786</sup>. Tal y como acabamos de indicar, al rastrear los antecedentes de la limitación nos topamos con el art. 10.2 Convenio de Berna. Recordemos que, al proceder al análisis de la finalidad según venía requerida por el art. 10.2 CB, concluíamos que el término ilustración venía a exigir —en interpretación conjunta con los restantes requisitos del precepto, en especial, el referido a la cláusula general— la debida cautela relativa a la extensión de la obra utilizada, así como

---

<sup>785</sup> «Copyright and Digital...», (2003), p. 145.

<sup>786</sup> En contra, M. ESTEVE PARDO, quien analiza este punto de la DDASI a partir de la transposición al derecho español de la Directiva de bases de datos y advierte, en el caso de la investigación científica, de los peligros —sin especificarlos— que supondría eludir el término: «Es del todo relevante incluir el término “ilustración” antes de “con fines de investigación científica”, y de impedir por tanto que este límite se refiera sólo al uso «con fines de investigación científica», ya que ello permitiría ampliar enormemente su campo de aplicación y extenderlo sobre utilidades de obras realizadas por cualquier tipo de empresa en el marco de sus actividades de investigación y desarrollo, por ejemplo. Ilustrar supone siempre una actividad intelectual dirigida a la aclaración y explicación de conocimientos, que como tal sólo puede ser realizada por personas físicas, y singularmente por quienes se dedican a la enseñanza y la investigación. En relación con las bases de datos se indica que las extracciones para fines ilustrativos de la enseñanza son las que tienen como objeto aclarar un punto, exponer distintas soluciones a un problema, mostrar los elementos de un conjunto, y que se realizan en conexión con las actividades de una institución docente, y que las extracciones para fines ilustrativos de investigación científica son las que tienen lugar cuando se muestren o expongan las investigaciones realizadas. Es decir, el límite previsto por el art. 34.2 b) LPI a favor de las bases de datos, y el previsto a favor de cualquier género de obra que prevé el Art. 5.3 a) de la Directiva 2001/29CE de la Sociedad de la Información, se extiende sobre cualquier acto de reproducción, distribución y comunicación pública [...] que los profesionales de la enseñanza y de la investigación realizan en el desempeño de sus tareas profesionales dirigidas a la ilustración. Ello permite deducir [...] que las bibliotecas y centros de documentación y recursos bibliográficos, no pueden ampararse en esta excepción, y que tampoco se benefician de ella los estudiantes, alumnos o curiosos, no cualquiera de los receptores de las obras utilizadas con este fin, por los actos de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación que de éstas realicen. A su vez, la finalidad de ilustración excluye de este límite a las páginas web de contenido divulgativo que, aunque no tienen ánimo de lucro, no están destinadas en rigor a la docencia o la investigación». En M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos multimedia*, (2003), pp. 201-202.



cierta relación de subsidiariedad respecto a qué se pretende ilustrar<sup>787</sup>. La ilustración exige, pues, una relación de necesidad —no ampara usos superficiales— y de accesoriad<sup>788</sup> respecto al objeto de enseñanza.

Si nos servimos de las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española, la entrada segunda de “ilustrar” la define como “aclarar un punto o materia con palabras, imágenes, o de otro modo”; además, la entrada cuarta nos remite a “instruir”<sup>789</sup>. La utilización realizada con fines de ilustración podría, por tanto, servir meramente para *ejemplificar* lo expresado con anterioridad —interpretación restrictiva: un ejemplo siempre suele ser menor que el objeto al que sirve—, o para *explicar* (enseñar, instruir) el contenido del programa —interpretación amplia, que podría llegar a permitir, por ejemplo, la puesta a disposición de la bibliografía de una asignatura—. A nuestro juicio, ambas interpretaciones, siguiendo la interpretación flexible propuesta supra apartado 1.1.E, son acordes con el texto de la DDASI. En este punto R. XALABARDER sostiene igualmente una interpretación extensiva del art. 5.3 a). Partiendo de lo dispuesto en el Considerando 14 de la DDASI: “La presente Directiva aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, *permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes*”, entiende que la expresión «“ilustración con fines educativos” no debe ser interpretada como una limitación al uso docente, en el sentido de permitir únicamente utilizaciones que son ejemplos ilustrativos, sino más bien en el sentido de ser utilizadas como parte de la educación o enseñanza»<sup>790</sup>. En todo caso, al descender a la interpretación del Derecho interno, el juego entre los restantes requisitos de las limitaciones, las exigencias del test en tres pasos, y,

---

<sup>787</sup> Supra apartado I.1.2.B. Vid. R. XALABARDER, en «Copyright and Digital...», (2003), pp. 143-145.

<sup>788</sup> También GARROTE destaca la función accesoria reflejada en la limitación, en *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 450, aunque cabe señalar que en su comentario parece referirse tan sólo a las limitaciones para la incorporación de obras en contenidos didácticos y no a las limitaciones docentes.

<sup>789</sup> Diccionario de la lengua española, Vigésima segunda edición.

<sup>790</sup> R. XALABARDER, en «Copyright and Digital...», (2003), pp. 143-145. La traducción es nuestra. Parece pronunciarse en contra de una aplicación restrictiva del art. 5.3 a), J. PLAZA PENADÉS, en *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información...*, (2002), p. 205

particularmente, la técnica de restricción adoptada por el legislador nacional, podrá determinar la opción entre una interpretación restrictiva o amplia del término ilustración.

Respecto del adverbio “únicamente” cabe en primer lugar preguntarse si afecta sólo al término ilustración o, en general, a la finalidad educativa o de investigación. Si afectara sólo al primero se pone de manifiesto su carácter redundante: la utilización sólo podrá referirse a la ilustración y no otra utilización que no tuviera como objeto la ejemplificación o ilustración aún cuando se realizara con fines de enseñanza o investigación. Si entendemos que se refiere a la finalidad educativa o de investigación pueden sostener al menos dos posturas. Desde una interpretación restrictiva<sup>791</sup> puede entenderse que las utilidades toleradas al amparo de las excepciones y licencias no voluntarias incorporadas en el ordenamiento interno han de tener, necesariamente, una sola finalidad (o dos, si concurren la educativa y la de investigación), pero que son incompatibles con otra finalidad. Desde una interpretación más flexible, y a nuestro juicio más razonable, puede sostenerse que las utilidades autorizadas deben tener como (único) objeto principal, la ilustración con fines educativos o de investigación, pero que son compatibles con otros fines, siempre que los secundarios no sean comerciales —como, en todo caso, se preocupa de subrayar el inciso final del art. 5.3 a)—.

E. Otras restricciones: “en la medida en la esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”

El art. 5.3 a) introduce como un requisito complementario a la limitación: la referencia a la cláusula general “en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida.” El texto comunitario reproduce, una vez más, expresiones muy cercanas a las utilizadas en el art. 10.2 del Convenio de Berna, aunque, al igual que en la regulación de las limitaciones para las bases de datos, introduce la tan discutida alusión a la finalidad *no comercial*. Estudiaremos en primer

---

<sup>791</sup> Que parece ser la adoptada por representante español en el Consejo; véase Documento del Consejo 9734/99 nota 35.

lugar esta expresión extraña a Berna, para posteriormente referirnos al alcance de la cláusula general.

*e1 La finalidad no comercial*

La referencia a la “finalidad no comercial”, prevista ya en la Propuesta Inicial —y que en palabras de un representante de la Comisión implicaría que los establecimientos privados no pudieran beneficiarse de la limitación<sup>792</sup>—, suscitó la reserva de los Estados miembros<sup>793</sup>, lo cual motiva la aclaración vertida posteriormente en el Considerando 42 DDASI<sup>794</sup>. Éste dispone que

“al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto”.

Entonces, a la luz del texto actualmente vigente —que, insistimos, no prejuzga la naturaleza pública o privada de los beneficiarios de la limitación, admitiéndose incluso la posibilidad de que entidades con ánimo de lucro se beneficien de la limitación si con ello no persiguen un beneficio económico<sup>795</sup>—, ¿qué es lo que no puede tener una naturaleza comercial: el acto de explotación y/o la actividad de enseñanza?

---

<sup>792</sup> Documento 7299/99 del Grupo de Trabajo del Consejo “Propiedad intelectual (Derechos de Autor)”, pp. 3-4.

<sup>793</sup> En contra de la alusión al término comercial se manifestó la delegación danesa (véase su propuesta alternativa al art. 5.3 documentada en los Documento del Consejo 9734/99 nota 30 y 11435/99 nota 73). También solicitaron la supresión del término Austria, Holanda, Irlanda y Reino Unido, Documento del Consejo 9734/99 nota 34 y 11435/99 nota 77. En el mismo sentido Documento 14238/99 y 5377/00. De hecho en el texto transaccional de la presidencia, de 19 de mayo de 1000, la referencia a la finalidad no comercial aparece entre corchetes; Documento 8695/00.

<sup>794</sup> Introducido en la Posición Común del Consejo.

<sup>795</sup> R. XALABARDER, en «Copyright and Digital...», (2003), p. 141-142, quien se plantea como una posible explicación de tal permisibilidad la posibilidad de que en la concreción de la limitación en los Estados miembros se efectúe a través de técnicas de restricción que discriminen el precio en relación con el tipo de institución educativa, con o sin ánimo de lucro.

a) La finalidad comercial del acto de explotación. En el primer caso se expulsarían del ámbito del art. 5.3 a) aquellos supuestos en los que la utilización en sí misma aporta un beneficio económico directo a quien realice uno de los actos de explotación referido a *la utilización* educativa de la obra. Pensemos por ejemplo en la empresa a la que se le encarga la realización de copias de extractos de una obra para posteriormente ser utilizadas en clase o en la confección de una crestomatía que sea distribuida mediante precio. Cabe destacar que sólo aquella parte del uso respecto de la que concurre el *animus lucrandi* quedaría sujeta al régimen general, mientras que la parte del uso que esté justificada por su finalidad educativa no lucrativa —p. ej. la proyección en la clase de los extractos de la grabación previamente efectuadas— podrá disfrutar del régimen especial. En este sentido apunta la Exposición de Motivos de la PIDDASI, donde se especifica que “en cualquier caso, sólo la parte del uso que esté justificada por su finalidad no lucrativa puede quedar exenta del derecho exclusivo”<sup>796</sup> y, como acabamos de defender, la interpretación del adverbio únicamente.

b) La naturaleza comercial de la actividad de enseñanza o investigación. La segunda hipótesis tendría en cuenta la naturaleza comercial de la actividad de enseñanza o investigación en el marco de la cual se lleva a cabo la utilización de la obra. En este caso lo relevante es si con la actividad educativa propiamente dicha se persigue o no un fin lucrativo, que no necesariamente ha de identificarse con el carácter gratuito o no de la enseñanza en cuestión<sup>797</sup> ni, de acuerdo con el Considerando 42, con la estructura institucional o los medios de financiación de la entidad. La naturaleza comercial sólo podrá concluirse en los casos en los que precisamente con la actividad de enseñanza o investigación se pretenden obtener unos beneficios comerciales<sup>798</sup>. Esta interpretación, a favor de la cual se pronuncia el tenor del Considerando anteriormente citado<sup>799</sup> que se refiere a la

---

<sup>796</sup> PIDDASI, EdM, p. 36.

<sup>797</sup> En sentido similar, R. XALABARDER, en *Copyright exceptions for teaching...* (2004), p. 9.

<sup>798</sup> A esta solución parece apuntar R. XALABARDER, en «*Copyright and Digital...*», (2003), p. 142.

<sup>799</sup> Y en la EdM de la Posición Común, donde al rechazar la propuesta del Parlamento de someter el uso a una compensación adecuada, se refiere al “carácter no mercantil de las actividades de que se trata”. Cfr. EdM PCDDASI, pár. 30, p. 18.

actividad y no al acto de explotación o a la utilización de la obra, entraña cierto peligro, ya que, si bien se comprende que al legislador comunitario le repugne la idea de que una entidad comercial directa o indirectamente —escatimando en gastos— se lucre a costa del autor, no debemos olvidar que la aplicación del régimen general de derechos de propiedad intelectual puede entorpecer, la actividad de educación —igualmente legítima aunque sea realizada con fines lucrativos—, y, en última instancia, atentar contra la justificación misma del derecho de propiedad intelectual. Además no olvidemos que, en todo caso, al no pronunciarse sobre la técnica de restricción, el art. 5.3 a) admite los supuestos en los que las autorizaciones generan una remuneración para el autor.

Pese a las consecuencias no deseadas de la opción expuesta en segundo lugar, consideramos que la interpretación más adecuada a la voluntad del legislador es, precisamente, la que apunta a que la finalidad comercial se refiere a los dos aspectos: ni el acto de explotación ni la actividad educativa podrán perseguir, en sí mismos, una finalidad comercial.

### *e2 La cláusula general*

En todo caso, el uso sólo podrá autorizarse “en la medida en que esté justificado por la finalidad (no comercial) perseguida”. Al estudiar el art. 10.2 del Convenio de Berna, concluíamos que la introducción de esta cláusula general exigía un análisis de proporcionalidad relativo a la extensión en la que se utilizaba la obra y la finalidad de la utilización<sup>800</sup>. Así, de acuerdo con lo exigido por el art. 5.3 a) para las utilidades autorizadas con fines docentes, la obra podrá ser utilizada sólo en la medida de lo necesario para ilustrar la actividad de enseñanza llevada a cabo por el docente, el estudiante, o, en su caso, cualquier otro beneficiario designado por la normativa interna. Las excepciones o licencias no voluntarias nacionales no deberán autorizar, por ejemplo, la distribución por los docentes de materiales que no están directamente relacionados con el contenido de la asignatura o que no son necesarios a tal efecto.

---

<sup>800</sup> Supra apartado I.1.2.D.

También la cláusula general podría exigir, aunque esto es más subjetivo —ya que a ello apunta de manera directa al tercer criterio del test en tres pasos que, por otro lado, está íntimamente relacionado con el significado de la cláusula general—, que se tomasen las medidas adecuadas para delimitar los destinatarios de los actos de explotación<sup>801</sup>. No debería tolerarse que éstos alcanzaran a sujetos distintos de los participantes en la actividad de enseñanza, ya que ello no quedaría justificado por la finalidad docente.

#### F. Beneficiarios de la limitación

El art. 5.3 a) no hace ninguna referencia a los beneficiarios de la limitación. Así, en el ordenamiento interno éstos podrán definirse en relación con la persona física —profesores, estudiantes...— que realiza los actos autorizados según las finalidades contempladas en la excepciones o licencias no voluntarias —es decir, la ilustración en la enseñanza y no, por ejemplo, el mero estudio privado<sup>802</sup>— y/o por referencia a las instituciones en las que se llevan a cabo las actividades educativas o de investigación. Deberá atenderse, por tanto, a lo dispuesto por la normativa nacional. Huelga advertir que en el caso de que se implemente al amparo del art. 5.3 a) un régimen de licencia legal, el beneficiario de la limitación no tendrá necesariamente por qué coincidir con el obligado al pago de la remuneración.

---

<sup>801</sup> Nótese en este punto que los destinatarios del acto de explotación no coinciden con los beneficiarios de la limitación, que son quienes llevan a cabo el acto de explotación autorizado.

<sup>802</sup> G. WESTKAMP, al introducir la implementación de la DDASI en los diferentes Estados miembros y tras admitir que puede darse cierto solapamiento entre las limitaciones contempladas en la norma comunitaria, observa que las copias realizadas para fines educativos o científicos “privados”, refiriéndose, en particular a las efectuadas por los estudiantes, quedan sistemáticamente al margen del ámbito de aplicación del art. 5.3 a). En *Study on the implementation...*, (2007), p. 32. De ello no debe concluirse, no obstante, que los estudiantes no pueden ser beneficiarios de las limitaciones de enseñanza contempladas en los ordenamientos internos, sino que cuando lo sean los usos autorizados deben referirse a utilizaciones para la ilustración con fines de enseñanza y no, con carácter amplio, para el uso privado. Distinta hipótesis, en ningún caso incompatible con la DDASI, es que en una misma limitación interna se agrupen usos autorizados por dos limitaciones de la DDASI, debiéndose por tanto combinarse las restricciones de las limitaciones correspondientes.

En cuanto a las limitaciones previstas para la incorporación de una obra protegida en obras o contenidos de naturaleza didáctica, del régimen comunitario puede concluirse que un beneficiario, típicamente amparado en algunos regímenes nacionales, quedará generalmente al margen del art. 5.3 a): los editores comerciales de crestomatías. En este caso no cabe acogerse a lo dispuesto por la disposición, ya que el uso en sí mismo tiene una finalidad claramente comercial a no ser, claro está, que las ediciones se realicen sin ánimo de lucro<sup>803</sup>. Esta misma distinción operaría en relación con las entidades de radiodifusión. Según lo previsto en el art. 5.3 a) podrían incorporarse obras protegidas en programas educativos —por ejemplo, los de la UNED en Radio 3— sólo si con éstos no se persiguiera un fin lucrativo. Cabe plantearse si en este caso la inclusión de cortes publicitarios puede interpretarse, como se hizo en relación con las licencias del Anexo a Berna (*vid. supra* apartado I.2.2.C2), como un indicio de la concurrencia del *animus lucrandi*. Una interpretación en este sentido no nos parece pertinente. Al igual que del hecho de que los cursos se impartan contra remuneración no puede inferirse la naturaleza comercial de la actividad —en el sentido de la Directiva—, tampoco la existencia de un patrocinador podrá llevarnos a tal conclusión.

## G. Técnica de restricción

### *g1 Introducción*

En el Capítulo 1, al aludir a las técnicas de restricción utilizadas para configurar las limitaciones, distinguíamos, en primer lugar, entre las excepciones o usos gratuitos y las licencias no voluntarias. Tal distinción tiene en cuenta el grado de afectación a los derechos de los autores. Las excepciones, al autorizar usos gratuitos, parecen ser, en principio, las limitaciones más intensas. Las licencias no voluntarias, adopten éstas la forma de licencias legales u obligatorias, al menos garantizan a los titulares de derechos una remuneración<sup>804</sup>.

Pues bien, el art. 5.3 a) no se pronuncia sobre las técnicas de restricción a adoptar en relación con la limitación con fines educativos. Como ya

---

<sup>803</sup> En el mismo sentido M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos Multimedia Red*, (2003), p. 204.

<sup>804</sup> *Vid. supra* Capítulo 1, apartado II.2.1.B-D.

hemos comentado, el Consejo aplaca el intento del Parlamento de imponer una compensación equitativa a la limitación. Ni siquiera, tras suavizarse el alcance del término compensación equitativa, se estima necesario incluir tal requisito en el art. 5.3 a), y ello pese a que, de acuerdo con lo previsto en el Considerando 35 *in fine*<sup>805</sup>, incluso en el caso de las disposiciones que sí llevan aparejada una compensación equitativa la obligación de pago puede no resultar necesaria para determinados usos no perjudiciales.

Ante el silencio del legislador comunitario, cada Estado miembro podrá mantener o incorporar en su normativa excepciones —usos gratuitos— o licencias no voluntarias con fines educativos. En ambos casos se deberán analizar las utilizaciones autorizadas a partir del artículo 5.5, análisis que, según se ha concluido al comentar el test en tres pasos —y muy especialmente en relación con el tercero de los criterios—<sup>806</sup>, determinará la idoneidad de recurrir a un sistema de licencias no voluntarias —que de hecho ya se contempla en la normativa interna de algunos Estados miembros<sup>807</sup>— o no.

*g2 La exclusión de la gestión colectiva y de los regímenes de licencias colectivas ampliadas del concepto de “excepciones y limitaciones” utilizado en el art. 5 de la DDASI*

Sin embargo, las posibilidades del legislador nacional para configurar las limitaciones a las facultades otorgadas a los autores no se agotan en

---

<sup>805</sup>“En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. *Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago.*”

<sup>806</sup> Supra apartado 1.1.C.

<sup>807</sup> Vid. infra Capítulo 3 apartados II.10 y, en relación con la educación en línea, apartados III.2.2.F y III.3.2.E.



la elección entre excepciones y licencias no voluntarias. Recordemos que, en el Capítulo 1 de este trabajo, al relacionar las diferentes técnicas de restricción que podían adoptarse para la definición de las limitaciones, enunciábamos, junto al uso gratuito, la licencia legal y la licencia obligatoria, dos formas de gestión colectiva no voluntaria: la gestión colectiva obligatoria y las licencias colectivas ampliadas<sup>808</sup>.

La gestión colectiva obligatoria supone sin duda una intromisión menor en la esfera del titular de derechos, hasta el punto de que algunos autores<sup>809</sup>, y las propias instituciones comunitarias<sup>810</sup>, no la consideran una restricción a los derechos exclusivos, sino más bien a su gestión.

Las licencias colectivas ampliadas, repasando lo estudiado en el Capítulo 1, son licencias generales otorgadas por una sociedad de gestión suficientemente representativa. Estas licencias se extienden, por ley, a las obras del tipo de las gestionadas por la entidad de gestión, independientemente de si el titular está o no representado por ésta. El titular no asociado a la entidad tiene derecho a reclamar su “remuneración” a la entidad de gestión, aunque, eso sí, puede, al configurarse como subsidiarias, manifestar con carácter previo su voluntad de apartarse del régimen colectivo de gestión, quedando sus obras al margen de las licencias otorgadas por aquella. Estas licencias, sin perjuicio de ser gestionadas por una sociedad colectiva, se constituyen en una verdadera obligación de contratar para la entidad de gestión, que podríamos denominar *licencia obligatoria impropia*.

---

<sup>808</sup> Supra Capítulo 1, apartado II.2.1.E-F

<sup>809</sup> Entre ellos, G. KARNELL, «Individual Rights in...», (1993), p. 23. En el mismo sentido L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, (2002), p. 103; S. V. LEWINSKI, «Mandatory Collective Administration...», (2004), p. 5; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 424, nota 9, y C. GEIGER en «Le rôle du test des trois étapes...», (2007), pp. 11-12. Para M. FICSOR la gestión colectiva es «prácticamente una restricción», en «Collective Management of Copyright...», (2003), p. 4.

<sup>810</sup> Vid. supra nota 651, donde se hace referencia al Considerando 28 de la *Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable*, a la STJCE de 1 de junio de 2006, asunto C-169/05, y a la *Decisión 2003/300/CE de la Comisión, de 8 de octubre de 2002, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y con el artículo 53 del Acuerdo EEE*, punto 66 *in fine*.

De una lectura comprensiva de la DDASI y de sus antecedentes, puede concluirse que, al regular las “excepciones y limitaciones”, el legislador comunitario no pretende aludir a *todas* las técnicas de restricción mencionadas —excepciones, licencias no voluntarias (legales y obligatorias) y gestión colectiva no voluntaria (gestión colectiva obligatoria y licencias colectivas ampliadas)—<sup>811</sup>. El inciso primero del Considerando 18 de la DDASI explícitamente dispone que la Directiva “no afectará a las disposiciones que existen en los Estados miembros en materia de gestión de derechos, como las licencias colectivas ampliadas.” La alusión a las licencias colectivas ampliadas, muy utilizadas, como hemos visto, en los países nórdicos para regular las limitaciones docentes<sup>812</sup>, se introduce en la Posición Común del Consejo<sup>813</sup> precisamente a solicitud de Suecia, que sólo así estaba dispuesta aceptar la limitación con fines de enseñanza<sup>814</sup>.

Así, la gestión colectiva obligatoria y las licencias colectivas ampliadas, no quedan, pues, comprendidas en el concepto de “excepciones y limitaciones” contemplado en la DDASI, de modo que las limitaciones docentes nacionales que incorporen tales técnicas de restricción no tienen por qué responder a los requisitos exigidos por el art. 5.3 a) de la DDASI. Ello implica que en caso de estimar pertinente la introducción, redefinición o confirmación de limitaciones docentes en sus ordenamientos internos, los Estados podrán adoptar excepciones o licencias no voluntarias que respondan a los requisitos contemplados en el art. 5.3 a) DDASI y, complementándolas o con carácter alternativo,

---

<sup>811</sup> En el mismo sentido S. V. LEWINSKI: «En realidad, parece como si la gestión colectiva obligatoria ni siquiera se hubiera debatido en este contexto, lo que podría reflejar el hecho de que no se le consideró una excepción o limitación», en «Mandatory Collective Administration...», (2004), p. 12.

<sup>812</sup> *Vid.* supra nota 90.

<sup>813</sup> Considerando 18 de la Posición Común.

<sup>814</sup> Documento del Consejo 9734/99, p. 6, nota 31. Analizando la implementación de la Directiva en Suecia y respecto al tema que en este momento nos ocupa comenta G. KARNELL: «En Suecia, como en todos los demás países nórdicos, esta precisión se considera como un elemento esencial de la directiva. Está ahora claro que el derecho europeo no clasifica el sistema de licencias colectivas extendidas entre las excepciones o limitaciones de los derechos exclusivos de autor o de los derechos afines. Estos sistemas son, por el contrario, modalidades de gestión de esos derechos». En «The implementation of Directive...», (2005), p. 210.

acudir a sistemas de gestión colectiva obligatoria o a licencias colectivas ampliadas.

La admisión de tales regímenes tendrá especial relevancia en relación con aquellos supuestos que van más allá de los límites que marca la disposición estudiada (el art. 5.3 a)). Pensamos, por ejemplo, en centros que desarrollen actividades educativas o de investigación con fines comerciales. No olvidemos que, incluso en el entorno digital, pueden subsistir costes de transacción elevados que obstaculicen la explotación de una obra en centros educativos y dificulten el disfrute de la obra por los usuarios de los mismos, en contra de lo exigido por la finalidad misma del Derecho de propiedad intelectual. El art. 5.3 a) no toleraría en el ejemplo citado la aplicación un régimen de licencias no voluntarias, pero no parece que haya ningún impedimento en establecer en su lugar la gestión colectiva del derecho o un régimen de licencias colectivas ampliadas.

*g3 Y las licencias obligatorias: ¿también al margen de la DDASI?*

De acuerdo con lo apuntado, independientemente de que se cumplan o no los requisitos impuestos por el art. 5.3 a) DDASI, los Estados miembros tienen libertad para acudir a la gestión colectiva obligatoria o a las licencias colectivas ampliadas para facilitar los usos educativos. Tras esta exclusión está la percepción de la Comisión de que la gestión colectiva no es una “excepción o limitación”, sino que más bien se trata de “excepción considerada como una interpretación constituida de las relaciones contractuales”. Las licencias colectivas ampliadas no son, en palabras de la Comisión “excepciones genuinas, sino modalidades de la gestión de derechos, que no se ven afectadas por la Directiva”<sup>815</sup>.

En este sentido, ¿podría entenderse que algunas licencias obligatorias constituyen igualmente una interpretación constituida de relaciones contractuales quedando por tanto al margen de lo dispuesto por el art. 5.3 a)? Aunque los efectos de las licencias colectivas ampliadas y de algunas licencias obligatorias pueden llegar a ser muy similares —con la salvedad, crucial, de que las últimas no se supeditan por regla

---

<sup>815</sup> Documento 7299/99 del Grupo de Trabajo del Consejo “Propiedad intelectual (Derechos de Autor)”.

general a la voluntad del autor— no parece que el legislador comunitario haya pretendido excluirlas del concepto de “excepciones y limitaciones” utilizado en el art. 5 de la DDASI. Por ello, lo más prudente es que las licencias obligatorias previstas en los diferentes Estados miembros cumplan con lo dispuesto en la limitación<sup>816</sup>.

#### *g4 La preferencia por la subsidiariedad*

En los párrafos anteriores, al referirnos a las licencias colectivas ampliadas recordábamos que su aplicación quedaba supeditada a la voluntad del titular de derechos: éste puede renunciar a participar en el sistema quedando sus obras al margen de las licencias otorgadas por las entidades de gestión. Realmente tras las licencias colectivas ampliadas existe una presunción de cesión del derecho que queda desvirtuada por la reclamación del mismo por parte de los titulares. Su aplicación no es, por tanto directa, sino que se configuran como subsidiarias a la voluntad del autor.

Otra manifestación de la subsidiariedad en el juego entre limitaciones y derechos se revela en la configuración de algunos regímenes de excepciones y licencias no voluntarias que sólo se “activan” si los titulares de derechos no han puesto en marcha un sistema de licencias (*vid. supra* Capítulo 1, apartado II.2.2). Es, por ejemplo, el caso de Irlanda y el Reino Unido donde las excepciones educativas relativas a la grabación de programas radiodifundidos o emitidos por cable o a la reprografía sólo son aplicables en la ausencia de licencias voluntarias cuyas condiciones pueden a su vez ser desafiadas por los representantes de los usuarios ante el *Copyright Tribunal*. Es más, en la ley británica al juego excepciones-licencias voluntarias se suma la facultad del Secretario de Estado de acordar la imposición de una licencia obligatoria que autorice a la realización de copias reprográficas realizadas con fines docentes cuando no se haya puesto en marcha un sistema contractual a tal efecto. Tal técnica de restricción o, si se quiere, la remisión a la subsidiariedad en el juego entre excepciones-licencias voluntarias, no sólo no es contraria a la Directiva<sup>817</sup>, sino que, como

---

<sup>816</sup> En contra S. V. LEWINSKI, quien considera que las licencias obligatorias quedan al margen de lo dispuesto en la DDASI. En «Mandatory Collective Administration...», (2004), p. 12.

<sup>817</sup> L. GUIBAULT, «The nature and scope of limitations...», (2003), p. 21.

veíamos un poco más atrás (en el apartado 1.1.B3 de este mismo Capítulo), parecen merecer el beneplácito del legislador comunitario, tal y como se concluye de la lectura del Considerando 45<sup>818</sup>. Se trata, como comenta la Comisión en la EdM de la PMDDASI, de “buscar soluciones globales en el marco de las relaciones contractuales entre las partes pertinentes”<sup>819</sup>.

A nuestro juicio, la determinación de la subsidiariedad para el juego entre limitaciones y derechos no merece *per se* una valoración positiva. La aplicación de la subsidiariedad sólo debería imponerse en los casos en los que la primacía de la voluntad se orienta a cumplir con los objetivos de las limitaciones, es decir, a favorecer determinadas utilidades y, a su vez, a proteger los intereses de los titulares de derechos. Y no en los que la posible derogación de las limitaciones desvirtúe el equilibrio de intereses. Si, como acontece en la regulación británica e irlandesa, se determina un procedimiento que garantice la “razonabilidad” del contenido de las licencias ofrecidas por los titulares de derechos, entonces la subsidiariedad se perfila como un instrumento realmente valioso para arbitrar el equilibrio de intereses.

#### H. El “baile” de la fuente

Ya por último el art. 5.3 a) requiere que “salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor”. Las expresiones sugeridas para exigir el obligado reconocimiento a la fuente fueron, como veremos a continuación, objeto de no pocas modificaciones y propuestas a lo largo de la tramitación de la norma.

Recordemos que en la Propuesta Inicial simplemente se requería que se indicara la fuente —“siempre que se indique la fuente”—. Los antecedentes de la modificación finalmente contemplada en el precepto los encontramos en las enmiendas 43 y 44 presentadas en primera lectura por el Parlamento Europeo. Tales enmiendas, que no afectaban a la disposición que estamos estudiando, sino al art. 5.3 letras c) y d),

---

<sup>818</sup> Reproducido *ut supra* en el apartado 1.1.B3.

<sup>819</sup> Comentario sobre el Considerando 29bis introducido por el Parlamento en primera lectura (Enmienda 24).

proponían que el reconocimiento a la fuente se contemplara con los términos “y si fuera posible, el nombre del autor”. Es en la Posición Común del Consejo cuando, con objeto de armonizar la redacción de varias cláusulas relativas a la fuente, se extiende a las letras *a-d* y *f* del art. 5.3 la sugerencia presentada. No obstante, el Consejo suaviza la obligación absoluta en lo referido a la fuente —“siempre que se indique, cuando sea posible, la fuente, con inclusión del nombre del autor”<sup>820</sup>— al anteponer la referencia a la factibilidad de la alusión no sólo a la mención del autor sino también a la fuente en sí misma.

El Parlamento en la Resolución legislativa sobre la citada Posición Común<sup>821</sup> modifica ligeramente la referencia reforzando la alusión a la posibilidad: “siempre que se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, *salvo en los casos en que resulte imposible*”. La Comisión acepta la enmienda opinando que refuerza la obligación de mencionar al autor, aunque puntualiza que los Estados miembros deberán ser flexibles en la interpretación de esta condición, aludiendo de manera específica a los casos en que, en circunstancias concretas, se considere imposible la indicación del nombre del autor por razones de orden práctico o de otro tipo<sup>822</sup>. También el Servicio Jurídico del Consejo se pronuncia en este sentido. En todo caso, se advierte que con la redacción propuesta por el Parlamento no se invierte la carga de la

---

<sup>820</sup> Reino Unido, Irlanda Luxemburgo y Austria habían presentado una reserva a propósito del reconocimiento de la fuente en cada caso. Sugirieron que se hiciera más flexible añadiendo la expresión “siempre que sea posible o una frase similar”. Documento 9734/99, p. 6, nota 33. También en el Documento 11435/99 nota 76 y el Documento oficioso de la Presidencia, 12166/99 Rev Add, donde ya aparece la versión que luego se contemplará en la PCDDASI. La delegación francesa formula una reserva a los términos “cuando sea posible” (Documento 14238/99 nota 54 y Documento 5377/00). En el último de los documentos citados se contempla también la opinión del Reino Unido que prefiere que esta excepción no contenga ningún reconocimiento a la fuente.

<sup>821</sup> Enmienda 6 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (9512/1/2000 - C5-0520/2000 - 1997/0359(COD)), (DO C 276, de 01/10/2001, p. 121/123).

<sup>822</sup> Dictamen de la Comisión con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE, sobre las enmiendas del Parlamento europeo a la posición común del Consejo sobre la propuesta de DDASI, Com(2001)170 final, apartado 3.3 *in fine*, p. 4.

prueba como sí ocurre en la Posición Común<sup>823</sup>. El Consejo adopta la versión que pasaría a formar parte del texto vigente.

Así, en la redacción actual del precepto, se exige que “salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor”. La alusión a la fuente requiere la indicación de los datos relativos a la obra —a saber el nombre de la misma y la información relativa a su publicación— y al autor.

La imposibilidad a que alude el texto legal puede afectar tanto al conocimiento de la fuente y la autoría como a su cita. En cuanto al primero punto, el art. 5.3 a) parece requerir la investigación de la fuente y la autoría hasta el límite de lo razonablemente exigible<sup>824</sup>. Para GARROTE —en línea con las enmiendas presentadas en primera lectura por el Parlamento— «la mención de la fuente ha de ser exigible en todo caso, pues, en rigor, siempre es posible para la persona que usa la obra saber dónde la ha obtenido»; sin embargo, el autor no tiene en cuenta la posibilidad de la utilización se realice a partir de una copia de la obra en la que la fuente —por las razones que fueran (p. ej., porque se ha borrado la información al respecto) no está identificada—<sup>825</sup>. En cuanto a la mención del autor resultará “imposible” respecto a las obras anónimas —en cuyo caso, sugiere el profesor citado, la referencia a la autoría deberá sustituirse por la referencia «a la persona natural o jurídica que saque la obra a la luz»<sup>826</sup>—, respecto a los diferentes autores

---


<sup>823</sup> Documento 6665/01 p. 4. Lamentablemente se nos ha denegado el acceso al Documento del Servicio jurídico: Contribución del Servicio Jurídico del Consejo a los trabajos del Grupo “Propiedad Intelectual” del 26 de febrero de 2001 Asunto: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (en lo sucesivo “la Directiva”) Interpretación de las Enmiendas 6, 7, 8 y 9 del Parlamento Europeo relativas al requisito de la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor, establecido en las letras a), c), d) y f) del apartado 3 del artículo 5 de la Directiva (Documento 6099/01).

<sup>824</sup> I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet*, (2003), p. 451. En el mismo sentido C. MESA, «Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación...», (2005), p. 129. La expresión “razonablemente posible” se incluye de manera explícita en la normativa holandesa, *vid. infra* Capítulo 3, apartado II.8.

<sup>825</sup> I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 451. Como veremos en el Capítulo 3, apartado II.8, Grecia supedita el reconocimiento al autor y al editor a que éstos aparezcan en la copia a partir de la cual se realiza la utilización.

<sup>826</sup> I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 451.

partícipes en las obras colectivas —en las que no es posible identificar el autor de cada una de las aportaciones a la obra colectiva—, e incluso en las compuestas si no se contempla la debida mención a cada uno de los autores de las obras incorporadas a la derivada. Algo similar ocurre en los casos en los que la fuente de la que se toma una cita de la obra no identifica de manera correcta los datos de autoría. En este último supuesto, y también en el de las obras compuestas, el usuario debe intentar identificar la autoría utilizando los medios a su alcance: por ejemplo, conociendo los datos de la obra, debe consultar en catálogos bibliográficos los datos del autor.

Por otro lado, la imposibilidad puede resultar de la “inoportunidad” de citar los datos relativos a la fuente y el autor: se conoce la fuente y la autoría pero no es factible o, siéndolo, resulta inadecuado mencionarla. Un caso típico es el de la cita de todos y cada uno de los autores en obras en las que el número de éstos es realmente elevado; algo que puede acontecer en relación con determinadas obras en colaboración y, especialmente, en las obras “en continuo desarrollo” (*work in progress*) en las que se permita la aportación continua de contribuciones a la obra —p. ej. en algunos proyectos existentes para la creación de mapas digitales—. Otro ejemplo podría darse en relación con una obra derivada distribuida bajo una licencia “propietaria” pero creada a partir de multitud de obras licenciadas bajo licencias “creative commons” del tipo “by”  —que permiten que la obra derivada se distribuya bajo licencias “propietarias” si bien resulta de obligado cumplimiento el reconocimiento de la autoría de los autores de la obra original—<sup>827</sup>.

En los ejemplos citados los elementos relativos a la autoría son fácilmente identificables, en tanto vienen reconocidos en los “créditos” de las obras, pero ¿haría falta mencionar a todos y cada uno de los autores? Como advierte GARROTE en tales casos la cita de la autoría «hace que la inclusión sea un proceso engorroso y falto de sentido, a pesar de que es posible identificarlos a todos»<sup>828</sup>. Consideramos suficiente que en supuestos como los apuntados se mencione al coordinador, directos,

---

<sup>827</sup> Para un análisis jurídico de las licencias Creative Commons, *vid.* R. XALABARDER, «Las licencias Creative Commons...», (2006).

<sup>828</sup> I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 451.



editor o promotor de la obra, o al menos a uno de los autores (añadiendo la coletilla “varios autores” o “y otros”) y, en su caso, se remita a los destinatarios a los datos relativos a la fuente. Otro ejemplo en el que sería inoportuno incluir los datos relativos a la fuente y a la autoría es el relativo a la audición o inclusión de una obra protegida en un examen, en el que precisamente se exige que los alumnos identifiquen los datos de la obra.

En todo caso, concurriendo “las imposibilidades” citadas, tanto las relativas al conocimiento de la fuente y/o la autoría como a la oportunidad de la cita, no se prohíbe el uso<sup>829</sup>, sino que se exonera a los usuarios de la obligación de mencionar la fuente y el autor.

Tras haber apuntado las notas generales del régimen de limitaciones en la DDASI, analizado los elementos que configuran la limitación con fines educativos contemplada en su art. 5.3 a), y avanzado (al formular las consideraciones respecto a las técnicas de restricción y la subsidiariedad) las opciones de política legislativa entre las que puede optar el legislador estatal para configurar las limitaciones docentes en su ordenamiento interno, nos restaría comprobar y valorar cómo se ha implementado la norma en los diferentes Estados miembros. Posponemos tal ejercicio para el Capítulo 3, apartado II, de esta obra, donde, al analizar la incorporación en la LPI de una nueva limitación con fines docentes (la del art. 32.2 LPI), nos referiremos a las soluciones previstas en otros Estados. También en el apartado III del citado Capítulo haremos especial hincapié en el Derecho comparado, aunque en este caso limitándonos a la aplicación de las limitaciones a la enseñanza en línea en dos Estados de la CE: Bélgica y Francia. En las páginas que siguen procederemos al estudio de las limitaciones con fines de ilustración en la enseñanza previstas en la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos.

---

<sup>829</sup> Como destaca C. MESA la indicación de la obra no es imprescindible, aunque entraña una actividad diligente al investigar los datos relativos a la fuente, en «Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación...», (2005), pp. 129 y 130.

## 2 Las limitaciones con fines educativos en otras disposiciones del acervo comunitario: La Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos

### 2.1 Introducción

El 11 de marzo de 1996 se adopta la *Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DBD)*<sup>830</sup>. Tal protección se otorga mediante un doble sistema: el derecho de autor sobre las bases de datos originales y el derecho *sui generis* del fabricante. El contenido y alcance de dichos derechos queda limitado en su propia definición y, nuevamente, a través de un régimen de limitaciones. En ambos casos se prevé, como veremos, una “excepción” con fines de ilustración en la enseñanza.

Antes de proceder al estudio de las limitaciones con fines de enseñanza no está de más recordar algunas nociones básicas referidas a ambos derechos, ya que ello nos ayudará en la comprensión del contenido de las limitaciones, así como en la identificación del tipo de utilizaciones que pueden realizarse con fines docentes. Cabe adelantar que, tanto a la hora de apreciar la relevancia práctica de las limitaciones como de valorar el tipo de utilizaciones que podrán llevarse a cabo sin recabar la autorización del titular de derechos, será determinante la configuración del régimen de protección específico previsto para las bases de datos.

El derecho de autor sobre las bases de datos protege la *originalidad*<sup>831</sup>. Se extiende así sólo a la estructura<sup>832</sup>, al continente y no al contenido<sup>833</sup>, de

---

<sup>830</sup> Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 077, de 27/03/1996, pp. 20-28). La norma adopta una noción amplia de las bases de datos, a las que define como “recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”; (art. 1.2). A diferencia de la Propuesta Inicial, limitada a las bases de datos electrónicas, la DBD se aplica a todas las bases de datos, sean éstas o no electrónicas. Sobre el concepto de base de datos en la DBD véase: M. DAVISON, *The legal protection of databases*, (2004), pp. 70-75.

<sup>831</sup> Art. 3 DBD: “Objeto de la protección

1. De conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor

la base de datos originales. En cambio, el derecho *sui generis* protege la *inversión*. Sólo se otorga en relación con las bases de datos que respondan a un criterio preciso: que la obtención, verificación o la presentación de su contenido representen una *inversión sustancial* desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo<sup>834</sup>. El concepto de inversión debe interpretarse en relación con los recursos —financieros o humanos<sup>835</sup>— destinados a la obtención, verificación, o la presentación del contenido de la base de datos. En una interpretación restrictiva del término “obtención”, el TJCE ha considerado que no abarca la *creación de los datos* constitutivos del contenido de la base de datos<sup>836</sup>. La protección se extiende sobre la totalidad o una parte sustancial de la base de datos<sup>837</sup>. La referencia a la totalidad o a las partes sustanciales

---

estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor. No serán de aplicación otros criterios para determinar si tales bases de datos son susceptibles de dicha protección.

2. La protección del derecho de autor que la presente Directiva reconoce a las bases de datos no podrá hacerse extensiva a su contenido y se entenderá sin perjuicio de los derechos que pudieran subsistir sobre dicho contenido.”

Léanse también los Considerandos 15: “Considerando que los criterios en virtud de los cuales las bases de datos son susceptibles de la protección de derechos de autor deben limitarse al hecho de que la selección o disposición del contenido de la base de datos constituya una labor de creación intelectual propia del autor; que esta protección se refiere a la estructura de la base de datos;” y 16: “Considerando que, para determinar si una base de datos puede acceder a la protección de los derechos de autor, no deben aplicarse más criterios que la originalidad en el sentido de creación intelectual, y, en especial, no se deben aplicar criterios estéticos o cualitativos”.

<sup>832</sup> Cfr. art. 3.2 y Considerando 15, reproducidos en la nota anterior.

<sup>833</sup> J. GASTER («La nouvelle directive européenne...», (1996), p. 190) y R. BERCOVITZ («La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 18).

<sup>834</sup> STJCE, de 9 de noviembre de 2004, Asunto *The British Horseracing Board y otros*; párr. 29.

<sup>835</sup> Cfr. Considerando 40 de la DBD.

<sup>836</sup> STJCE, de 9 de noviembre de 2004, Asunto *The British Horseracing Board y otros*, párrs. 37 y ss. Sí podrían tenerse en cuenta, por el contrario, los recursos económicos y humanos invertidos en la búsqueda de datos, su recopilación y ordenación sistemática en el seno de la base, la organización de su accesibilidad individual y la verificación de la exactitud de los datos en el momento de la constitución de la base o a lo largo de todo su período de funcionamiento.

Esta interpretación ya había sido aventurada por E. DERCLAYE, en su artículo «Databases sui generis rights:...» y ha sido aplaudida por la doctrina. Véase por ejemplo M. DAVISON Y B. HUGENHOLTZ, «Football Fixtures, Horseraces and Spin-offs:...», (2005).

<sup>837</sup> Como nos recuerda G. KOUMANTOS, «el objeto del derecho *sui generis* no es el contenido de la base (cada obra o información por separado) sino la base misma, en su totalidad o en una parte sustancial de ella». En «Les bases de données...», (1997), p. 116.

comprende todos los elementos que conforman la base de datos, es decir, conjuntamente los contenidos, los índices o el tesoro<sup>838</sup>.

Los derechos sobre las bases de datos se entienden de manera independiente de los derechos sobre las obras protegidas que, en su caso, se hayan incorporado a las mismas. A tales obras se les aplicará el régimen general de derechos —el autor o el fabricante debe recabar la correspondiente autorización del titular para incorporar contenidos protegidos a la base de datos<sup>839</sup>— y limitaciones. Por otro lado, el derecho de autor y el derecho *sui generis* son compatibles e independientes entre sí<sup>840</sup>.

---

<sup>838</sup> Cfr. Considerando 20 de la Directiva. Léase al respecto M. A. BOUZA, *El derecho sui generis...*, (2001), pp. 56 y ss.

<sup>839</sup> Tal y como se disponía de manera explícita en la Propuesta Modificada de Directiva: “1. La incorporación a una base de datos de obras o materiales estará sujeta a la autorización del titular de los derechos de autor o de otro tipo y a las obligaciones respecto de aquéllas”; (art. 5.1, Propuesta Modificada de Directiva del Consejo sobre la protección de las bases de datos, COM(93)464 final, de 4/10/1993). El art. 4.2 de la Propuesta Inicial lo reconocía igualmente de manera implícita: “La incorporación a una base de datos de otras obras o materiales estará sujeta a los derechos de autor o de otro tipo y a las obligaciones respecto a aquéllas”; (Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección jurídica de las bases de datos, COM(92)24 final). Vide E. FERNÁNDEZ MASÍA, «La Directiva sobre la protección...», (1997), pp. 319-320.

<sup>840</sup> *Vid.*, en relación con los derechos de autor, el art. 3.2 *in fine*, reproducido *ut supra* en nota 830. Para el derecho *sui generis*, el art. 7.4: “El derecho contemplado en el apartado 1 [...] se aplicará independientemente de la posibilidad de que el contenido de dicha base de datos esté protegido por el derecho de autor o por otros derechos. La protección de las bases de datos por el derecho contemplado en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de los derechos existentes sobre su contenido.”

Nótese que en la Propuesta Inicial, el derecho a impedir la extracción desleal del contenido no se reconocía cuando las obras ya estaban protegidas por el derecho de autor, art. 2.5 *in fine*. La versión actual del precepto responde a la propuesta del Consejo formulada en su Posición Común, donde se considera “que no hay motivo válido alguno para excluir de la aplicación del derecho *sui generis* el contenido de una base de datos compuesta por obras protegidas por un derecho de autor o de objetos protegidos por otros derechos, pues dicha exclusión puede dar lugar a anomalías cuando, por ejemplo, el contenido de una base de datos está formado en parte por otros elementos que no están protegidos por ningún otro derecho. El Consejo ha dispuesto en consecuencia que el derecho *sui generis* se aplique independientemente de la posibilidad de que el contenido de la base de datos esté protegido por un derecho de autor o por otros derechos, al tiempo que ha especificado que la protección del derecho *sui generis* se entiende sin perjuicio de un derecho de autor u otro derecho existente sobre obras u elementos que formen parte del contenido de la base”. Cfr.

## 2.2 El derecho de autor sobre las bases de datos y las limitaciones.

### A. Introducción

El derecho de autor abarca, de acuerdo con lo previsto en el art. 5 de la Directiva:

“[...] el derecho exclusivo, respecto de la forma de expresión de dicha base susceptible de la protección de los derechos de autor, de realizar o autorizar:

- a) la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma;
- b) la traducción, adaptación, reordenación y cualquier otra modificación;
- c) cualquier forma de distribución al público de la base de datos o de copias de la misma. [...]
- d) cualquier forma de comunicación, exhibición o representación;
- e) cualquier reproducción, distribución, comunicación, exhibición o representación al público de los resultados de los actos a que se refiere la letra b).

Estos derechos o facultades vienen a coincidir con los tradicionales de reproducción, transformación, comunicación pública y distribución.

### B. Nociones básicas relativas a las limitaciones al derecho de autor sobre las bases de datos

La Directiva reconoce en su artículo 6 diferentes limitaciones al derecho de autor. En su apartado primero establece una limitación obligatoria referida al “uso normal” de la base de datos<sup>841</sup>. En el apartado segundo

---

EdM de la Posición Común del Consejo, de 10 de julio de 1995, (DO C 288, de 30/10/1995, pp. 14-29), apartado 14 *in fine*, p. 26.

Tengáanse en cuenta igualmente el texto de los Considerandos de la 18, 26, 27 y 46 de la DBD.

En relación con este punto, nos recuerda R. BERCOVITZ que «el derecho *sui generis* puede servir en ocasiones para proteger una base de datos original cuando la misma haya sido copiada o reproducida sin la autorización de su titular, y se haya procedido a reordenar electrónicamente su contenido con el fin de crear una base de datos de idéntico contenido, pero que no infringiría los derechos de autor respecto de la base original [...]». En «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 32.

<sup>841</sup> Art. 6.1 DBD: “El usuario legítimo de una base de datos o de copias de la misma podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos a que se refiere el artículo 5

se faculta a los Estados miembros para que incluyan en sus legislaciones tres limitaciones relativas a: la reproducción con fines privados —limitada, eso sí, a las bases de datos no electrónicas—, la utilización con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, y la utilización con fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial. Además, la letra *d*) del art. 6.2 incluye una cláusula que posibilita, sin perjuicio de lo dispuesto en las letras anteriores, el mantenimiento de limitaciones tradicionales<sup>842</sup>.

### *b1 Lista abierta o cerrada de limitaciones*

La primera duda que plantea el precepto es si la relación de limitaciones contemplada en el art. 6.2 DBD se configura como una lista abierta —en cuyo caso los Estados miembros podrán prever, además de las enunciadas de manera explícita por el art. 6.2 DBD, otras limitaciones para los derechos de autor sobre las bases de datos— o cerrada —de manera que sólo podrán contemplarse en el Derecho nacional las limitaciones previstas en la disposición comunitaria—. En principio todo parece apuntar a una lista cerrada que se enuncia por relación a las tres limitaciones mencionadas en las letras *a*)—*c*) del art. 6.2 DBD y las limitaciones tradicionalmente contempladas en cada uno de los Estados miembros con anterioridad a la promulgación de la Directiva<sup>843</sup>. Respecto a este último punto, cabe entonces preguntarse si las limitaciones *tradicionales* se refieren a las previstas explícitamente

---

que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario. En la medida en que el usuario legítimo está autorizado a utilizar sólo una parte de la base de datos, el presente apartado será aplicable únicamente a dicha parte.”

<sup>842</sup> Art. 6.2 Directiva 1996/9: “En los siguientes casos los Estados miembros podrán imponer limitaciones a los derechos contemplados en el artículo 5:

- a) cuando se trate de una reproducción con fines privados de una base de datos no electrónica;
- b) cuando la utilización se haga únicamente con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente, en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga;
- c) cuando se trate de una utilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial;
- d) cuando se trate de otras excepciones a los derechos de autor tradicionalmente contempladas por su derecho interno, sin perjuicio de lo dispuesto en las letras a), b) y c).”

<sup>843</sup>A. STROWEL/ J-P. TRIALLE, *Le Droit d'Auteur, du Logiciel...*, (1997), p. 274. En el mismo sentido: R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 26.

para las bases de datos en aquellos países en los que ya estaban protegidas por el derecho de autor<sup>844</sup> o a las previstas, con carácter general, para todo tipo de obras<sup>845</sup>. Consideramos esta última interpretación como la más acertada<sup>846</sup>, de lo contrario, como advierte la Comisión en la Exposición de Motivos de la Propuesta Inicial, podría darse el caso de que “se conceda a una obra incorporada a una base de datos, una protección mayor que la que hubiera tenido si se hubiera distribuido por otros medios” (punto 7.2)<sup>847</sup>. En consecuencia, cada Estado miembro podrá implementar en su normativa interna las tres limitaciones contempladas expresamente en el art. 6.2 de la Directiva y extender, o no, a las bases de datos las restantes limitaciones contempladas en su ordenamiento. No cabe pues introducir limitaciones distintas de las tres anteriormente mencionadas, si no estaban previstas con anterioridad a la promulgación de la Directiva<sup>848</sup> en el ordenamiento del susodicho estado —*tradicionalmente*—. La única

---

<sup>844</sup> Tal y como se concluye respecto al derecho *sui generis*. Vid. infra apartado 2.3.B1.

<sup>845</sup> IVIR, *The Recasting of Copyright...*, (2006), p. 62.

<sup>846</sup> A la misma solución parecen apuntar A. STROWEL/ J-P. TRIALLE, *Le Droit d'Auteur, du Logiciel...*, (1997), p. 275; R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 27.

<sup>847</sup> El punto 7.2 completo de la Propuesta Inicial reza: “Si algunas obras están sujetas a excepciones a los derechos exclusivos del autor (bien porque la legislación de los Estados miembros ofrece soluciones específicas, o porque existen acuerdos entre el creador de la base de datos y el titular de los derechos sobre el contenido), dichas disposiciones podrán seguir aplicándose incluso si, desde un punto de vista técnico, ello supusiera una infracción de los derechos sobre la selección y disposición del contenido. Esto es una precaución necesaria para evitar que se conceda a una obra incorporada a una base de datos, una protección mayor que la que hubiera tenido si se hubiera distribuido de otra manera.

Como normalmente la reproducción, traducción, adaptación, y demás actos permitidos sobre una obra, serán de poca trascendencia, y no sobre la totalidad de la obra, es poco probable que, aunque se sigan permitiendo estas intervenciones una vez incorporada la obra a una base de datos, ello tenga un efecto negativo importante sobre los derechos de selección y disposición del contenido. Sin embargo, el creador de una base de datos es libre de no incluir ciertas obras en la misma o de estipular contractualmente con el titular unas condiciones según las cuales se limiten las excepciones a los derechos exclusivos del autor.” P. 50 de la EdM de la Propuesta Inicial.

A su vez el Considerando 26 de la Propuesta Inicial aclara: “Considerando que, respecto de la reproducción del contenido de una base de datos, en circunstancias limitadas previstas en el Convenio de Berna, por el usuario legítimo, tanto en forma electrónica como no electrónica, deberán aplicarse las mismas restricciones y excepciones que las que se aplicarán a la reproducción de las mismas obras puestas a disposición del público mediante otras formas de explotación o distribución.”

<sup>848</sup> A. STROWEL/ J-P. TRIALLE, *Le Droit d'Auteur, du Logiciel...*, (1997), p. 275.

limitación que pudiera extenderse a las bases de datos —si, supuesto extraño, no hubiera sido ya explícitamente incorporada al Derecho interno— sería el derecho de cita. Al menos tal conclusión parece desprenderse del Considerando 37 de la DBD<sup>849</sup>; lo cual tiene toda su lógica ya que el derecho de cita se configura como una disposición imperativa del Convenio de Berna que, además, se justifica en el ejercicio mismo de la libertad de expresión<sup>850</sup>.

Todo ello pone de manifiesto, una vez más, la inconsistencia de la regulación de las limitaciones en el Derecho comunitario<sup>851</sup>: pensemos, por ejemplo, en la limitación a favor de las personas con discapacidad que contempla la DDASI y que se ha incorporado recientemente a nuestra LPI<sup>852</sup>. Dado que ésta no forma parte de las limitaciones *tradicionales* en el Derecho español, ¿no cabría extenderla a las bases de datos? A nuestro juicio, una respuesta afirmativa sería la deseable y, en cierto sentido, la más coherente con el espíritu del precepto.

#### *b2 Relación entre las tres limitaciones y la cláusula “pseudo-abierta” de la letra d)*

Otra cuestión no exenta de interés es la relativa a la relación entre la letra *d)* del artículo y las restantes limitaciones. Bien pudiera concluirse que las letras *a)*, *b)*, y *c)*, restringen el modo en el que pueden incorporarse las limitaciones tradicionales que tengan por objeto los mismos fines que los previstas en las disposiciones citadas. Ello nos parece claro en el caso de la reproducción con fines privados, ya que en el texto se prohíbe que la limitación se extienda a las bases de datos electrónicas<sup>853</sup>. Mayores problemas presenta esta interpretación

---

<sup>849</sup> “Considerando que el apartado 1 del artículo 10 del Convenio de Berna no se ve afectado por la presente Directiva”. En sentido similar al apuntado: A. STROWEL/ J-P. TRIALLE, *Le Droit d’Auteur, du Logiciel...*, (1997), p. 275; R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 27.

<sup>850</sup> *Vid.* al respecto las consideraciones formuladas en el Capítulo 3 apartados IV.2.1 y IV.2.2.A1 y nota 1492.

<sup>851</sup> IVIR, *The Recasting of Copyright...*, (2006), pp. 64 y ss.

<sup>852</sup> Con anterioridad a la reforma implementada por Ley 23/2006 sólo existía una limitación de este tipo, que contemplaba el uso privado de invidentes.

<sup>853</sup> “Por lo que respecta a la reproducción con fines privados, el Consejo opina que no debería permitirse excepción alguna por lo que respecta a las bases de datos electrónicas, teniendo en cuenta en particular la facilidad con que éstas pueden reproducirse, si bien



restrictiva en relación con las dos restantes limitaciones. En el caso de la limitación con fines ilustrativos en la enseñanza e investigación, ello impediría, como consideran REICHMANN Y SAMUELSON<sup>854</sup>, la aplicación de ciertas limitaciones tradicionales a favor de la educación y la investigación<sup>855</sup>. En todo caso baste señalar, con A. STROWEL Y J-P. TRIALLE, que determinar si una limitación tradicionalmente aceptada es suficientemente distinta de las situaciones previstas en los puntos a)-c) a efectos de la aplicación de la letra d) puede resultar complicado. Los citados autores ponen como un ejemplo claro de incompatibilidad con la Directiva: los casos de limitaciones con fines ilustrativos que admiten un fin comercial<sup>856</sup>.

Separándose de la interpretación expuesta en el párrafo anterior, R. BERCOVITZ entiende que la letra d) del art. 6.2 legitima la ampliación de las tres excepciones más allá de las condiciones contempladas para cada una de ellas en la letras correspondientes del art. 6.2 DBD si la ampliación se ampara en la legislación interna previamente vigente. Como nos advierte el autor<sup>857</sup>:

«No debe albergarse preocupación por esta interpretación, puesto que siempre quedará limitada, en garantía de los derechos de explotación sobre la base de datos, por los criterios del Convenio de Berna, expresamente recogidos en el art. 6.3.»

Efectivamente conforme a lo previsto en el apartado 3 de art. 6:

“[...] el presente artículo no podrá interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal de la base de datos.”

---

acepta, al mismo tiempo, la posibilidad de dichas excepciones para las bases de datos no electrónicas”. Cfr. apartado 13.III *in fine*, p. 25. En contra, M. CUENA, «Bases de datos y derecho de autor...», (2001), p. 16

<sup>854</sup> En «Intellectual Property Rights in Data?», (1997), pp. 77-79.

<sup>855</sup> También apuntan a una interpretación restrictiva A. STROWEL/ J-P. TRIALLE, *Le Droit d'Auteur, du Logiciel...*, (1997), p. 275.

<sup>856</sup> A. STROWEL/ J-P. TRIALLE, *Le Droit d'Auteur, du Logiciel...* (1997), p. 275, cuerpo del texto y nota 123.

<sup>857</sup> R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), pp. 27 y 30.

En nuestra opinión, si bien estimamos, como ya avanzamos unos párrafos atrás, que la inclusión de la limitación relativa a la copia privada presenta unas connotaciones claramente restrictivas<sup>858</sup>, respecto a las dos restantes limitaciones podría plantearse la posibilidad de que las razones que han llevado al legislador comunitario a su mención explícita fueran precisamente las opuestas. En este sentido, podría afirmarse que se introducen las limitaciones contempladas en las letras *b)* y *c)* específicamente para facilitar su incorporación en el ordenamiento de los Estados que tradicionalmente no habían incorporado en su normativa interna tales cláusulas. Esta propuesta es perfectamente coherente con la interpretación formulada por R. BERCOVITZ y admite, por tanto, la ampliación del ámbito de aplicación del art. 6.2 *a)* y *b)* siempre, eso sí, que tales limitaciones estuvieran previstas con anterioridad en el Derecho nacional.

### C. Análisis del art. 6.2 *b)*

Realizadas las anteriores observaciones cabe proceder al análisis de la limitación *con fines ilustrativos de enseñanza y de investigación científica* prevista en el art. 6.2 *b)*, que dispone:

“En los siguientes casos los Estados miembros podrán imponer limitaciones a los derechos contemplados en el artículo 5: [...] *b)* cuando la utilización se haga únicamente con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente, en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga”.

#### *c1 Antecedentes*

La limitación con fines docentes es la única que se contempla en la Propuesta Inicial. Su art. 7.1 dispone que:

“Tratándose de citas breves o de ejemplos con fines docentes, y siempre que su utilización sea conforme a los buenos usos, los Estados miembros aplicarán, con respecto al contenido de la base de datos, las mismas excepciones a los derechos exclusivos del autor o de otro tipo que las que imponen en sus legislaciones con

---

<sup>858</sup> *Vid. supra* nota 853.

respecto a las obras o materiales que constituyen dicho contenido.”<sup>859</sup>

La Exposición de Motivos incide en la justificación de la limitación:

“[...] es necesario garantizar que, por el hecho de que una obra se haya puesto a disposición del público mediante una base de datos, no se atente contra la libertad de utilizar breves extractos de las obras, libertad de la que actualmente disfruta cierto tipo de usuarios, especialmente los centros docentes. Si los Estados miembros han regulado ya este tipo de excepciones, sus normas seguirán aplicándose, independientemente del hecho de que la obra haya sido incorporada a una base de datos.”<sup>860</sup>

A lo largo de la tramitación de la norma se realizan varias propuestas con el fin de modificar el precepto<sup>861</sup>, aunque no es hasta la Posición

---

<sup>859</sup> En el apartado segundo, no obstante, se establece que: “Cuando la legislación de los Estados miembros o las disposiciones contractuales acordadas con el titular permitan al usuario de una base de datos realizar actos que constituyan excepciones a los derechos exclusivos sobre el contenido de una base de datos, la realización de dichos actos no constituirá una violación del derecho de autor reconocido en el artículo 5 sobre la misma base de datos”.

<sup>860</sup> Propuesta Inicial, apartado 7.1VI, p. 50.

<sup>861</sup> En el Dictamen sobre la propuesta, el Comité Económico y Social considera conveniente “ampliar las excepciones establecidas en el apartado 1 de forma que incluyan los informes, por ejemplo, sobre asuntos de actualidad y otras excepciones establecidas habitualmente en los derechos exclusivos concedidos al propietario de un derecho de autor en las legislaciones de la mayoría de los Estados miembros.” Dictamen del Comité Económico y Social relativo a la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos, apartado 3.9. Posteriormente, el Parlamento propone en primera lectura la siguiente Enmienda, núm. 16, al art. 7:

“1. Tratándose de citas breves o ejemplos con fines docentes, y siempre que su utilización sea conforme a los buenos usos, los Estados miembros aplicarán las mismas excepciones a los derechos de autor o a otros derechos exclusivos del autor de una obra contenida en una base de datos que las que imponen sus legislaciones respecto a esta obra, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del art. 10 del Convenio de Berna.

2. Cuando la legislación de los Estados miembros o las disposiciones contractuales acordadas con el titular permitan al usuario de esa base de datos realizar actos que constituyan excepciones a los derechos exclusivos del autor de la citada obra, la realización de dichos actos no constituirá una violación del derecho reconocido al creador de la base de datos y definido en el artículo 5.”

En la enmienda núm. 2 propone asimismo la introducción de un nuevo Considerando 37 bis: “Considerando la oportunidad de que los distribuidores de las bases de datos contemplen en sus contratos excepciones relativas a la reutilización no autorizada del

Común del Consejo cuando se introducen cambios sustanciales en la parte relativa a los fines docentes. Allí se elimina la referencia a la cita y se amplían los fines a la “investigación científica”. Además, en lugar de la referencia a los usos honrados, se incluye la cláusula general ya contemplada en el CB, en la que se inserta la referencia explícita a la “finalidad no comercial”<sup>862</sup>.

---

contenido de la base de datos por el usuario legítimo, cuando dicha reutilización se realice dentro del ámbito estrictamente doméstico, o con fines de docencia o investigación, siempre que dichas actividades se realicen *sin fines* comerciales.”

La Enmienda 2 fue incorporada con ligeras modificaciones a la Propuesta Modificada: “Considerando la conveniencia de que los distribuidores de las bases de datos contemplen en sus contratos excepciones relativas a la reutilización no autorizada del contenido de la base de datos por el usuario legítimo, cuando dicha reutilización se realice dentro del ámbito estrictamente doméstico, o con fines de docencia o investigación, siempre que dichas actividades se realicen *sin fines* comerciales y no atenten contra los derechos exclusivos del creador de la base de datos sobre la explotación de la misma”. También entonces se modifica y renumera el artículo 8 referido a las excepciones:

“1. Tratándose de citas breves o demostraciones con fines docentes, y siempre que se trate de un uso honrado con arreglo al apartado 3 del artículo 10 del Convenio de Berna, los Estados miembros aplicarán los derechos de autor u otros derechos de autor de una obra contenida en una base de datos las mismas excepciones que apliquen sus legislaciones respecto a dicha obra.

2. Cuando la legislación de los Estados miembros o las disposiciones contractuales estipuladas con el autor de una obra contenida en una base de datos permitan que el usuario de dicha base de datos lleve a cabo ciertos actos en virtud de excepciones a los derechos exclusivos del autor de la obra, se considerara que dichos actos no infringen los derechos que reconoce el artículo 6 al autor de la base de datos.

3. Lo dispuesto en los anteriores apartados 1 y 2 será también aplicable a los titulares de derechos afines sobre materiales contenidos en una base de datos.”

<sup>862</sup> Lamentablemente la Exposición de Motivos del Consejo no arroja demasiada claridad para la interpretación del texto: “El Consejo ha añadido un nuevo apartado 2 que faculta a los Estados miembros para establecer determinadas excepciones a los actos sujetos a restricción previstos en el artículo 5. Por lo que respecta a la reproducción con fines privados, el Consejo opina que no debería permitirse excepción alguna por lo que respecta a las bases de datos electrónicas, teniendo en cuenta en particular la facilidad con que éstas pueden reproducirse, si bien acepta, al mismo tiempo, la posibilidad de dichas excepciones para las bases de datos no electrónicas. Para evitar que las excepciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo perturben indebidamente el equilibrio entre los derechos de autor de la base de datos y los del usuario legítimo de ésta, el Consejo ha añadido un apartado 3 que se inspira en el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva 91/250/CEE”. Posición Común 20/95, aprobada por el Consejo el 10 de julio de 1995, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos apartado 13, párs. III-IV.

### *c2 Beneficiarios*

En primer lugar, cabe observar que la DBD no identifica, en ningún momento, al potencial beneficiario de la limitación. Ni siquiera, a diferencia de lo previsto en el art. 6.1 y en el art. 9 (relativo a limitaciones paralelas respecto al derecho *sui generis*)<sup>863</sup>, alude al usuario legítimo<sup>864</sup>. A juicio de M. DAVISON, el hecho de que no se mencione de manera específica el estudio privado sugiere que sólo el profesor puede utilizar la base de datos y no los estudiantes<sup>865</sup>. Consideramos esta interpretación restrictiva en exceso. El art. 6.2 b) se limita a señalar que la utilización deberá realizarse con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica: nada obsta a que tales actos los realice un estudiante.

### *c3 Derechos afectados*

La limitación se define en términos amplios —“utilización”—, extendiéndose a todos los derechos de explotación relacionados en el art. 5. Es decir, a la reproducción, comunicación pública y distribución. En cuanto a los derechos de transformación, adaptación o modificación contemplados en la letra b) del art. 5, deberán aplicarse siempre sin perjuicio de los derechos morales que asisten al autor, no regulados por la Directiva<sup>866</sup>.

### *c4 La finalidad*

La excepción sólo podrá amparar utilizaciones realizadas con *fines ilustrativos de enseñanza y de investigación científica*. Ni en el articulado de la norma ni en los Considerandos se introducen especificaciones

---

<sup>863</sup> Vid. infra apartado 2.3.B3.

<sup>864</sup> Para R. BERCOVITZ esta diferencia con las excepciones al derecho *sui generis* no tienen relevancia alguna: «En ambos casos —también en el del art. 6.2— hay que partir de la previa existencia de un acceso legítimo a la base de datos. [...] En ambos casos las excepciones son pues aplicables a los usuarios legítimos, sin perjuicio de que en ocasiones la propia excepción pueda servir para legitimar al usuario [...]». En R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 43.

<sup>865</sup> M. DAVISON, *The legal protection of databases*, (2004), p. 79.

<sup>866</sup> Cfr. Considerando 28: “Considerando que el derecho moral de la persona física que ha creado las bases de datos pertenece al autor y se ejercerá de conformidad con lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros y en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas; que dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

respecto a los fines ilustrativos de enseñanza —respecto a la investigación científica se limitan a afirmar que la expresión “abarca tanto a las ciencias naturales como a las ciencias humanas”<sup>867</sup>—. Por ello, para determinar el alcance de la expresión nos remitimos con carácter general a lo explicado en las limitaciones paralelas contempladas en la DDASI<sup>868</sup> y en el Convenio de Berna<sup>869</sup>. No obstante, introducimos a continuación algunas valoraciones específicas respecto a la DBD.

Las versiones españolas de los textos preparatorios parecen apuntar a una interpretación de la finalidad realmente restrictiva, al menos en lo que se refiere a los “fines ilustrativos de enseñanza”. El art. 7.1 de la Propuesta Inicial hace referencia a “*ejemplos con fines docentes*” y en la Propuesta Modificada se utiliza la expresión “*demostraciones con fines docentes*” (art. 8). Sin embargo, si comparamos las expresiones aludidas con las utilizadas en otras versiones lingüísticas comprobamos que desaparecen las connotaciones restrictivas. Por ejemplo, en la versión inglesa de la Propuesta Inicial y de la Modificada se utiliza la expresión “*illustrations for the purposes of teaching*”<sup>870</sup>, la versión francesa de las propuestas citadas se refiere a “*les illustrations à des fins de enseignements*”<sup>871</sup>, la italiana a “*illustrazioni per scopi didattici*”<sup>872</sup> y la portuguesa, sin duda la que utiliza una expresión mas amplia, a la “*utilização para fins didacticos*”<sup>873</sup>. Al contrario que en el caso de la versión española, algunas de las versiones citadas utilizadas expresiones más restrictivas en la redacción finalmente adoptada. Así la inglesa, que se refiere a “*for the sole purpose of illustration for*

---

<sup>867</sup> Cfr. Considerando 36.

<sup>868</sup> *Vid. supra*, del presente Capítulo apartado II.1.2.D.

<sup>869</sup> *Vid. supra*, del presente Capítulo apartado I.1.2.C.

<sup>870</sup> Art. 7.1 Propuesta Inicial (Official journal of the European Communities, C 156, p. 9), art. 8 Propuesta Modificada (Official journal of the European Communities, C 308, p. 11).

<sup>871</sup> Art. 7.1 Propuesta Inicial (Journal Officiel des Communautés européennes, C 156, p. 9), art. 8 Propuesta Modificada (Journal Officiel des Communautés européennes, C 308, p. 11). En el art. 6 de la Posición Común utiliza la expresión “*a fins de l’illustration de l’enseignement*” (Journal Officiel des Communautés européennes, C 288, p. 19).

<sup>872</sup> Art. 7.1 Propuesta Inicial (Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, C 156, p. 9), art. 8 Propuesta Modificada (Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, C 308, p. 11).

<sup>873</sup> Art. 7.1 Propuesta Inicial (Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 156, p. 9), art. 8 Propuesta Modificada (Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 308, p. 11).

teaching”, o la portuguesa, que sustituye la expresión anteriormente citada por la de “ilustração didactica”.

Por todo ello nos parece que las versiones españolas de la Propuesta Inicial o de la Modificada no deben tomarse como un indicio a favor de una interpretación restrictiva de la finalidad. Probablemente la diversidad de expresiones utilizadas se debe a vacilaciones de los traductores, quienes, especialmente en lo que se refiere a los textos más antiguos —el documento COM de la Propuesta Inicial es sin duda un ejemplo—, no realizaron traducciones demasiado afortunadas. En nuestra opinión, el legislador comunitario se limitó a transpolar al texto europeo los requisitos de Berna y sólo cuando específicamente quiso distanciarse del mismo introdujo las correspondientes modificaciones; así las referidas a la investigación —que como hemos visto no resulta amparada por el art. 10.2 del Convenio— o la especificación relativa a la finalidad no comercial. No creemos, por tanto, que del texto de la DBD puedan concluirse conclusiones diferentes de las alcanzadas respecto a Berna y a la DDASI<sup>874</sup>.

#### *c5 Cláusula general*

La cláusula general referida en el inciso final de la letra *b*): “en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga”, introduce como novedad respecto a Berna la expresión objetivo *no comercial*. Ello, de acuerdo con las dos interpretaciones sostenidas en el caso de la DDASI, nos lleva a dejar al margen de la limitación aquellas utilidades (reproducciones, comunicaciones públicas, etc.) que en sí mismas tengan un objetivo comercial y las que se lleven a cabo en

---

<sup>874</sup> Por el contrario M. DAVISON entiende que el texto de la DBD admite únicamente una interpretación restrictiva: «The first problem is understanding what is meant by the words “use for the some purpose of illustration for teaching or scientific research”. In particular, no assistance is given in defining “illustration” for teaching or research purposes and no indication is given of why that particular aspect of teaching and research has been singled out of for attention. It may be that “illustration” in the context of teaching restricts the use of a database to providing an example of what is being taught. Alternatively, it could be argued that all teaching is designed to illustrate in a broad sense but, surely, a reference to the purpose of teaching would have sufficed unless the intention is significantly to restrict the use of databases in the course of teaching. Nor is there any obvious reason for focusing on teaching, rather than the objective of teaching, namely learning». En M. DAVISON, *The legal protection of databases*, (2004), p. 79.

actividades de enseñanza o investigación con fines lucrativos (*vid. supra* apartado 1.2.E). Pero no implica, como se ha señalado, que los usos que pretenden resultar amparados por la limitación deban producirse *necesariamente* fuera de cualquier contexto empresarial o comercial<sup>875</sup>.

#### *c6 El respeto a los derechos morales*

Finalmente, y pese a que la DBD no regula los derechos morales<sup>876</sup>, se requiere que se indique la fuente. Nótese que, a diferencia de lo previsto en el art. 5.3 de la DDASI, no se establece concesión alguna a los casos “en los que resulte imposible”. Además, entendemos que resulta absolutamente necesario que la base de datos haya sido divulgada<sup>877</sup>.

#### *c7 El alcance práctico de la limitación*

Cabe destacar que el alcance práctico de la limitación contemplada en el art. 6.2 b) es bastante limitado. No tanto debido a los requisitos exigidos por la Directiva, sino a la propia configuración de la protección que, recordemos, recae sobre la estructura y no sobre el contenido de la base

---

<sup>875</sup> Así R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 29. *Vid. también* M. DAVISON, *The legal protection of databases*, (2004), pp. 79-80, que pone de relieve que precisamente debido a este requisito, algunos Estados, en particular Bélgica y el Reino Unido, han reducido el alcance de sus limitaciones tradicionales con fines de enseñanza al proceder a la implementación de la DBD. Este último autor reflexiona, en el Capítulo 7 de la monografía citada, sobre el modelo idóneo para la protección de las bases de datos. En cuanto al régimen de excepciones, se pronuncia a favor de la instauración de una cláusula general tipo *fair use*, que podría frenar los efectos demasiado restrictivos que impone en la Directiva la referencia a la finalidad no comercial: «In particular, it provides scope for educational and research activities that may have some commercial aspect to them. In contrast the very limited defence in the Directive is restrictive to illustration for teaching and research purposes that are purely non-profit activities. [...] it's extremely difficult to divorce commercial purposes from all educational and research activities. The fair use defence acknowledges that educational and research activity may take place anywhere in the spectrum between purely non-profit and purely commercial activity. The degree to which the activity is non-profit or commercial is the weighed with other factors, particularly the extent to which the use is transformative and constitutes a new a better use of the information.

Partially for this reason, the more flexible defence of fair use is superior to defences in the directive». *Op. cit.*, p. 277.

<sup>876</sup> Cfr. Considerando 28, reproducido *ut supra* nota 866.

<sup>877</sup> Nótese que, respecto al derecho *sui generis*, el art. 9 introduce la expresión: sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, lo cual exige que las excepciones sólo se apliquen respecto de las obras divulgadas.



de datos; siendo probablemente en este último en el que estarán interesados los usuarios<sup>878</sup>. Si los contenidos incorporados a las bases de datos están protegidos por la propiedad intelectual entonces deberá estarse al régimen general de derechos y limitaciones previstas ya no para las bases de datos sino para las obras de que se trate. Por otro lado, si la base de datos está protegida por el derecho *sui generis* habrá de tenerse en cuenta su regulación específica, tanto en lo que se refiere al alcance del derecho como al régimen de limitaciones. A su análisis dedicaremos las páginas que siguen.

### 2.3 El derecho *sui generis*. Limitaciones

#### A. Generalidades

*a1 Alcance del derecho sui generis: la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos*

El derecho *sui generis* otorga al fabricante de la base de datos el derecho a impedir:

“la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.” (art. 7.1 DBD)

Se introducen así dos derechos “nuevos”<sup>879</sup>, ajenos a la terminología tradicional: los derechos del titular de la base de datos a prohibir la extracción y la reutilización<sup>880</sup> del contenido de la base de datos.

---

<sup>878</sup> A. STROWEL/J-P. TRIALLE, *Le Droit d’Auteur, du Logiciel...*, (1997), p. 274; R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 27.

<sup>879</sup> Para M. A. BOUZA no son dos sino tres los derechos o facultades otorgados al titular. El autor suma a los derechos de extracción y reutilización el derecho más general y complementario de impedir los actos contrarios a una explotación normal o que lesionen injustificadamente sus intereses legítimos, *ex art. 8*. Léase M. A. BOUZA, *El derecho sui generis...*, (2001), p. 74, y pp. 90-92.

<sup>880</sup> *Vid.* art. 7 de la Directiva: “Artículo 7 Objeto de la protección

1. Los Estados miembros dispondrán que el fabricante de la base de datos pueda prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta,

Facultades de novedad relativa ya que, como se ha destacado, se corresponden respectivamente con las tradicionales de reproducción —en el caso de la extracción— y con las de distribución y comunicación pública —en el de la reutilización—<sup>881</sup>. Pese a que el precepto exige una interpretación amplia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades

---

evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.

2. A efectos del presente Capítulo se entenderá por:

a) «extracción» la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice;

b) «reutilización» toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, transmisión en línea o en otras formas. La primera venta de una copia de una base de datos en la Comunidad por el titular de los derechos o con su consentimiento extinguirá el derecho de control de las ventas sucesivas de dicha copia en la Comunidad.

El préstamo público no constituirá un acto de extracción o de reutilización.

3. El derecho contemplado en el apartado 1 podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual.

4. El derecho contemplado en el apartado 1 se aplicará con independencia de la posibilidad de que dicha base de datos esté protegida por el derecho de autor o por otros derechos. Además, se aplicará independientemente de la posibilidad de que el contenido de dicha base de datos esté protegido por el derecho de autor o por otros derechos. La protección de las bases de datos por el derecho contemplado en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de los derechos existentes sobre su contenido.

5. No se autorizará la extracción y/o reutilización repetida/s o sistemática/s de partes no sustanciales del contenido de la base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base.”

<sup>881</sup> Así lo afirma de manera reiterada la doctrina: S. CÁMARA («El nuevo derecho sui generis...», (1999), p. 89) y R. BERCOVITZ («La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 36) quien, tildando de exóticas tales denominaciones, critica la posición adoptada por el legislador comunitario, *id.* pp. 37 y ss. También han destacado tal semejanza: G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans...», (1997), p. 120; M. DAVISON, *The legal protection of databases*, (2004), pp. 87 y ss; E. DERCLAYE, «The Court of Justice interprets...», (2005), p. 421. Para M. A. BOUZA: «El concepto de extracción tiene una gran semejanza con el de reproducción del derecho de autor, quizás el legislador ha empleado aquél para resaltar que existe una infracción aunque los elementos extraídos no se almacenen con la misma disposición que tenían en la base protegida ya que la reproducción afecta a la estructura y la extracción al contenido». En *El derecho sui generis...*, (2001), p. 74.

Europeas ha concluido que los conceptos de extracción y reutilización no alcanzan a los actos de consulta de una base de datos<sup>882</sup>.

Así, las operaciones de extracción o reutilización que afecten a la totalidad o una parte sustancial del contenido de la base de datos requieren la autorización del autor<sup>883</sup>. La extracción y/o reutilización de partes *no sustanciales* sólo estará prohibida si concurren los requisitos del art. 7.5. Éstas quedan, en principio<sup>884</sup>, fuera del alcance del derecho *sui generis*<sup>885</sup>, y ello, sin duda, en un intento de evitar la apropiación de la información<sup>886</sup>, de no perjudicar su libre utilización<sup>887</sup>.

### *a2 Parte sustancial*

Dada su notable indeterminación, la definición de qué constituye *a priori* una *parte sustancial* se nos antoja compleja. El art. 7.1 de la Directiva se limita a enunciar que para ello habrán de tenerse en cuenta criterios cuantitativos y cualitativos, sin especificar nada más al

---

<sup>882</sup> STJCE, de 9 de noviembre de 2004, Asunto *The British Horseracing Board y otros*, párs. 54-55.

<sup>883</sup> STJCE, de 9 de noviembre de 2004, Asunto *The British Horseracing Board y otros*, párs. 60 y 67.

<sup>884</sup> *Vid. infra* (letra A3 de este mismo apartado) las apreciaciones respecto al art. 7.5, que atrae hacia el campo de aplicación del derecho *sui generis* la utilización de parte no sustanciales. El régimen excepcional previsto en el art. 7.5 se comprende por la finalidad misma del derecho: evitar que los actos realizados por el usuario perjudiquen la inversión. Sin embargo puede, efectivamente, tener como efecto perverso la privatización de la información que es, por esencia, libre. Así parece advertirlo la abogada general en el Asunto *The British Horseracing Board y otros* al tratar el concepto de partes no sustanciales del contenido de una base de datos en el sentido del art. 7.5: "La interpretación del criterio «no sustanciales» tiene que basarse en la finalidad de la disposición, para la cual es relevante jurídicamente. El artículo 7, apartado 5, de la Directiva debe cubrir el ámbito no amparado por el artículo 7, apartado 1, que sólo se aplica a la parte sustancial. En consecuencia, se entenderá por «partes no sustanciales» las partes que no lleguen al umbral de importancia, desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo, previsto en el artículo 7, apartado 1. Este umbral constituye el límite máximo. Pero también existe un límite mínimo. Éste se deriva del principio general que conforma la Directiva según el cual el derecho *sui generis* no se extiende a datos individuales." Conclusiones de la Abogada General Christine Stix-Hackl presentadas el 8 de junio de 2004, Asunto C-203/02, p. 84.

<sup>885</sup> J. GASTER, «La nouvelle directive européenne...», (1996), p. 189.

<sup>886</sup> E. FERNÁNDEZ MASÍA, «La Directiva sobre la protección jurídica...», (1997), p. 325. R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), pp. 12-13, 33-34.

<sup>887</sup> Nótese que en la Propuesta Modificada, art 10, se protegía todo, aunque no fuera una parte importante.

respecto. La jurisprudencia del TJCE en el Asunto *The British Horseracing Board* y otros ha arrojado algunas luces que pueden servir de guía para la interpretación del precepto. En primer lugar, vincula claramente el concepto de parte sustancial con el de inversión sustancial y perjuicio, de modo que se reputarán ilícitos aquellos actos que perjudiquen a esta última —y sólo éstos—. Las facultades de prohibición reconocidas al titular del derecho *sui generis* no alcanzan, por tanto, a cualquier acto de extracción y reutilización. De acuerdo con la tesis del TJCE, la apreciación del carácter sustancial debe referirse a la inversión destinada a la constitución de la base de datos y al perjuicio que la extracción o reutilización puede causar a tal inversión. Para el análisis cuantitativo habrá de tenerse en cuenta el volumen de datos extraído y/o reutilizado de la base en relación con el volumen del contenido total de ésta. La evaluación cualitativa se refiere a la magnitud de la inversión destinada a la obtención, la verificación o la presentación del contenido objeto del acto de extracción y/o de reutilización, con independencia de si éste representa una parte cuantitativamente sustancial del contenido general de la base de datos protegida. En efecto, una parte cuantitativamente insignificante del contenido de una base de datos puede representar, en términos de obtención, de verificación o de presentación, una importante inversión humana, técnica o financiera. Por otro lado, el TJCE realiza en su exposición una aclaración de considerable importancia: el valor intrínseco de los elementos a que afecta el acto de extracción y/o de reutilización no constituye un criterio pertinente para apreciar el carácter sustancial de la parte de que se trate. Es decir, el valor de los datos extraídos para el usuario final no es un elemento a tener en cuenta desde el punto de vista cualitativo. Finalmente, el TJCE se acoge a una definición negativa de la *parte no sustancial*, entendiendo por ésta toda parte que no responda al concepto de parte sustancial desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo<sup>888</sup>.

---

<sup>888</sup> STJCE, de 9 de noviembre de 2004, Asunto *The British Horseracing Board* y otros, párr. 70-73.

Recordemos que el art. 1.3 de la Propuesta Inicial definía las “partes de menor importancia” como “aquellas partes de una base de datos cuya reproducción, considerada cuantitativa y

*a3 La extracción y o reutilización de partes no sustanciales*

No obstante, la cláusula de salvaguardia contemplada en el apartado 5 del mismo artículo prohíbe la extracción y/o reutilización repetida/s o sistemática/s de partes no sustanciales del contenido de la base de datos, si éstas suponen actos contrarios a una explotación normal de dicha base o causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base. También esta cláusula ha sido objeto de interpretación por el TJCE que ha concluido que la prohibición que establece se refiere a aquellos actos no autorizados de extracción y/o de reutilización que, en virtud de su efecto acumulativo, tiendan a reconstituir y/o a poner a disposición del público, sin autorización de la persona que haya constituido la base de datos, la totalidad o una parte sustancial del contenido de dicha base y que, de este modo, perjudiquen gravemente la inversión de esa persona<sup>889</sup>.

En todo caso, no está de más recordar que tanto esta cláusula como las facultades de prohibición, sólo se podrán hacer valer respecto de aquellas bases de datos que estén efectivamente protegidas por el derecho *sui generis* y no de aquellas que no respondan al criterio de la inversión sustancial<sup>890</sup>. Determinar la existencia o no de protección deviene un aspecto crucial, sin que sea, no obstante, una tarea demasiado evidente.

B. Las limitaciones al derecho *sui generis*. Generalidades

*b1 Lista cerrada*

El artículo 9<sup>891</sup> de la DBD permite que los Estados prevean en su ordenamiento interno tres limitaciones paralelas<sup>892</sup> a las contempladas

---

cuantitativamente en relación con la base de datos copiada, no perjudica los derechos exclusivos de explotación del creador de la base de datos”.

<sup>889</sup> STJCE, de 9 de noviembre de 2004, Asunto *The British Horseracing Board y otros*, párr. 89.

<sup>890</sup> Así, en el asunto al que nos hemos venido refiriendo, *The British Horseracing Board y otros*, el TJCE tras confirmar que se había producido una utilización repetida y sistemática de elementos que no representaban una parte sustancial de la base de datos, consideró no obstante que no se vulneraba el art. 7 de la Directiva, al no darse el requisito de la inversión sustancial, párr. 83-96.

<sup>891</sup> Art. 9: “Los Estados miembros podrán establecer que el usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, pueda, sin

para el derecho de autor —fines privados, ilustrativos de enseñanza o de investigación científica y la utilización con fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial—. La doctrina entiende de manera unánime que el art. 9 establece una lista cerrada de limitaciones<sup>893</sup>. Los Estados miembros no podrán implementar en su normativa interna ninguna “excepción o limitación” diferente de las contempladas en la Directiva. No obstante, si bien no se contempla de manera expresa la posibilidad de aplicar al derecho *sui generis* las limitaciones tradicionales<sup>894</sup> —tal y como permite el art. 6.2 d)—, debe entenderse, en virtud de lo dispuesto en el Considerando 52 de la Directiva<sup>895</sup>, que los Estados miembros que en su ordenamiento interno ya preveían *un derecho similar al sui generis* para las bases de datos sí podrán mantener el sistema de limitaciones previsto con anterioridad<sup>896</sup>. En los restantes casos no cabrá extender las limitaciones

---

autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma:

- a) cuando se trate de una extracción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica;
- b) cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente y en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga;
- c) cuando se trate de una extracción y/o reutilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial.”

<sup>892</sup> El Consejo destaca la importancia de tal paralelismo en la EdM de la Posición Común (apartado 17.I, p. 27).

<sup>893</sup> J-L. GASTER, «La nouvelle directive européenne...», (1996), p. 191; E. FERNÁNDEZ MASÍA, «La Directiva sobre la protección jurídica...», (1997), p. 326; A. STROWEL/ J-P. TRIALLE, *Le Droit d'Auteur, du Logiciel...*, (1997), p. 287; R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 42.

<sup>894</sup> Respondiendo, según lo dispuesto en la EdM de la Posición Común del Consejo (apartado 17.II, p. 27), al carácter novedoso del derecho: “En el artículo 9 no figura una excepción paralela a la de la letra d) del apartado 2 del artículo 6, ya que ningún Estado miembro posee una legislación nacional con todas las características del derecho *sui generis* previsto por la presente propuesta de Directiva [...]”.

<sup>895</sup> “Considerando que los Estados miembros que cuenten con una normativa específica que incluya un derecho similar al derecho *sui generis* previsto por la presente Directiva deben poder mantener, respecto del nuevo derecho, las excepciones tradicionalmente establecidas por dicha legislación.”

<sup>896</sup> J-L. GASTER, «La nouvelle directive européenne...», (1996); p. 191, R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), pp. 42-43; M. A. BOUZA, *El derecho sui generis...*, (2001), p. 102. Tal era el caso de la regulación en los países nórdicos.

tradicionales al derecho *sui generis*<sup>897</sup>. Es probable que el legislador haya considerado que los objetivos de las restantes limitaciones quedan suficientemente garantizados por la libertad de utilizar partes no sustanciales<sup>898</sup> al quedar limitadas las facultades otorgadas al fabricante a prohibir la extracción/ reutilización de la totalidad o de *partes sustanciales*.

### *b2 El test en tres pasos*

El artículo 9 no contiene alusión alguna al test en tres pasos<sup>899</sup>. De manera indirecta se contemplan algunos de sus elementos en el Considerando 50 DBD<sup>900</sup>, lo cual ha llevado a parte de la doctrina a confirmar su aplicación también al derecho *sui generis*<sup>901</sup>. Por otro lado, cabe destacar que el art. 8 establece que el usuario legítimo de una base de datos

«no podrá efectuar actos que sean contrarios a una explotación normal de dicha base o que lesionen injustificadamente los intereses legítimos del fabricante de la base».

Pese a que esta disposición parece destinada a aplicarse a aquellos usuarios que acceden a la base de datos en virtud de una autorización otorgada —explícita o implícitamente por el titular de derechos—, podría interpretarse que también resulta aplicable en cuanto al ejercicio de las limitaciones —al fin y al cabo tanto el art. 8 como el 9 se refieren al usuario legítimo—.

---

<sup>897</sup> Tales como las previstas en favor de los medios de comunicación, las bibliotecas, etc.... B. HUGENHOLTZ, «The new database right:...», (2001), p. 3. Para G. KOUMANTOS, la ausencia de una cláusula análoga a la del art. 6.2 d) pone de manifiesto que la fuerza del derecho *sui generis* es superior a la del derecho de autor, en «Les bases de données dans...», (1997), p. 124.

<sup>898</sup> B. HUGENHOLTZ, «The new database right:...», (2001), p. 3.

<sup>899</sup> Recordemos que éste se implementa de manera específica para las bases de datos en el art. 6.3 DBD.

<sup>900</sup> «Considerando que conviene dar a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones al derecho de impedir la extracción y/o reutilización no autorizadas de una parte sustancial del contenido de una base de datos [...] es preciso que dichas operaciones no sean perjudiciales para los derechos exclusivos del fabricante de explotar la base de datos y que no tenga carácter comercial”.

<sup>901</sup> R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 42.

### *b3 Usuario legítimo*

Otra diferencia entre la regulación de las limitaciones al derecho de autor y al derecho *sui generis* radica en que estas últimas se establecen a favor del usuario legítimo<sup>902</sup>. La Directiva no explicita, ni en su articulado ni en su parte expositiva, qué se entiende por usuario legítimo<sup>903</sup>. En la Exposición de Motivos de la Propuesta Inicial se define el usuario legítimo como “alguien que haya adquirido el derecho a utilizar la base de datos”<sup>904</sup>, pero no especifica *cómo* se adquiere tal derecho<sup>905</sup>. El concepto de usuario legítimo es, sin lugar a dudas, un concepto clave<sup>906</sup>, de oscura interpretación y significación<sup>907</sup>, por lo que no resulta extraño que haya sido fuertemente contestado, tanto en la

---

<sup>902</sup> La Comisión justifica el diferente tratamiento con los siguientes argumentos: “It is in the logic of the two tier scheme of protection that the exceptions may differ under the two chapters in terms of terminology and scope. Since the object of protection and the rights enjoyed by the right holder are different under each chapter, it is logical that the exceptions differ correspondingly.” *Vid.* Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC(2004)995.

<sup>903</sup> Sólo en el Considerando 34, refiriéndose a la excepción al derecho de autor para disfrutar del uso normal de la base de datos (art. 6.1) se contempla una referencia al usuario legítimo: “Considerando, sin embargo, que, una vez que el titular de los derechos de autor ha puesto a disposición de un usuario una copia de la base de datos a través de un servicio de acceso en línea o de otro medio de distribución, dicho usuario legítimo debe poder acceder a la base de datos y utilizarla para los fines y en la forma establecidos en el contrato de licencia celebrado con el titular del derecho, incluso cuando dicho acceso y utilización requieran la realización de ciertos actos normalmente sometidos a restricciones”. Usuario legítimo es, por tanto y como mínimo, aquel autorizado por el titular de derechos para utilizar la base de datos, en tanto ésta la ha puesto a su disposición a través de un servicio de acceso en línea o de otro medio de distribución.

La noción de usuario legítimo aparece también en el art. 5.3 de la Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, junto con la de adquirente legítimo del art. 5.1. Nótese que en la versión inglesa de la Directiva 91/250/CEE en lugar de hacerse referencia al “lawful user” se habla de “the person having a right to use a copy of a computer program”. Dicha expresión es también utilizada en la versión inglesa del art. 6 Directiva 91/250/CEE, más próxima a la contenida en la versión española de este último artículo: “el licenciataro o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa”.

<sup>904</sup> Apartado 8.4, p. 53, de la Propuesta Inicial.

<sup>905</sup> V. VANOVERMEIRE, «Lawful user in the Database Directive», (2000), p. 65.

<sup>906</sup> V. VANOVERMEIRE, «Lawful user in the Database Directive», (2000), p. 64.

<sup>907</sup> M. DAVISON, *The legal protection of databases*, (2004), p. 77.



Consulta pública relativa a la base de datos<sup>908</sup> como, con anterioridad, en la relativa al *acquis comunitario*<sup>909</sup>. Al usuario legítimo se hace referencia en varios preceptos de la Directiva: en el art. 6.1 —sobre el uso normal de la base—, en el art. 8—derechos y obligaciones del usuario legítimo— y, como hemos aludido, en el art. 9.

La doctrina ha barajado diversas interpretaciones del concepto usuario legítimo<sup>910</sup>. La primera de ellas lo identifica con el destinatario de una autorización del titular de derechos. Esta interpretación —a la que favorece el tenor literal de los arts. 6.1<sup>911</sup> y 8<sup>912</sup> y el Considerando 34<sup>913</sup> de la Directiva, que parecen asumir de manera implícita la existencia de un vínculo contractual entre el usuario y el titular de derechos<sup>914</sup>— es

---

<sup>908</sup> Abierta por la Comisión Europea tras la publicación del documento de revisión de la DBD (DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Bruselas, 12/12/2005). Las respuestas a la consulta pueden consultarse en

[http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt\\_consultations/library?l=/copyright\\_neighbouring/database\\_consultation&vm=detailed&sb=Title](http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/database_consultation&vm=detailed&sb=Title).

<sup>909</sup> Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC(2004)995, Bruselas, 19/07/2004. Las respuestas pueden consultarse en

[http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt\\_consultations/library?l=/copyright\\_neighbouring/legislation\\_copyright&vm=detailed&sb=Title](http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/legislation_copyright&vm=detailed&sb=Title).

<sup>910</sup> *Vid.*, entre otros, V. VANOVERMEIRE («Lawful user in the Database Directive», (2000)) y S. DUSOLLIER, («L'utilisation légitime de l'oeuvre:...», (2005)).

<sup>911</sup> Reproducido *ut supra* nota 841.

<sup>912</sup> “Derechos y obligaciones del usuario legítimo. 1. El fabricante de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, no podrá impedir al usuario legítimo de dicha base extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido, evaluadas de forma cualitativa o cuantitativa, con independencia del fin a que se destine. En la medida en que el usuario legítimo esté autorizado a extraer y/o reutilizar sólo parte de la base de datos, lo dispuesto en el presente apartado se aplicará únicamente a dicha parte.

2. El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, no podrá efectuar actos que sean contrarios a una explotación normal de dicha base o que lesionen injustificadamente los intereses legítimos del fabricante de la base.

3. El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, no podrá perjudicar al titular de unos derechos de autor o de derechos afines que afecten a obras o prestaciones contenidas en dicha base.”

<sup>913</sup> *Supra* nota 903.

<sup>914</sup> M. DAVISON, *The legal protection of databases*, (2004), p. 77. También el art. 6.1 de la Propuesta Inicial apunta a una solución similar: “El usuario legítimo de una base de datos

particularmente restrictiva al limitar el ejercicio de las limitaciones a la preexistencia de una relación contractual entre el titular de derechos y el beneficiario de las mismas.

Una segunda interpretación considera —aplicando cierta analogía con la regulación de los programas de ordenador— usuario legítimo al *adquirente o poseedor legítimo* de una base de datos<sup>915</sup>. Tal interpretación admite dos variantes, según se entienda que la adquisición presupone necesariamente una relación contractual —en la que no necesariamente participa el titular de derechos, p. ej. la donación—<sup>916</sup> o, simplemente, una situación de hecho definida por la posesión lícita o, en sentido todavía más amplio (y a nuestro juicio más acertado), por el acceso *no ilícito* a la base de datos. BERCOVITZ parece adherirse a esta última opción, tras concluir, no sin ciertas vacilaciones, que en todo caso al usuario legítimo se le requiere un acceso legítimo a la base de datos: «Ningún acceso ilegítimo puede servir para respaldar una utilización de la base de datos, aunque tenga carácter excepcional y no necesite autorización alguna»<sup>917</sup>.

---

podrá realizar los actos enumerados en el artículo 5 que sean necesarios para la utilización de la base de datos *de conformidad con las disposiciones contractuales acordadas con el titular.*”

<sup>915</sup> Recordemos que el artículo 6 de la Propuesta Inicial reconocía la excepción relativa a los actos necesarios para acceder al contenido de la base de datos y utilizarla no sólo a favor del usuario legítimo (vinculado contractualmente con el titular de derechos) sino igualmente a favor del *adquirente legítimo* de la misma (art. 6.2). La EdM aclaraba que:

“[...] en el artículo 6 se ha introducido una norma que establece que, cuando el contrato de suministro de bienes o servicios en el sector de las bases de datos estipule la utilización que ha de hacerse de la base de datos, el usuario no necesitará de más autorizaciones para llevar a cabo las actividades necesarias para el uso de la base de datos de acuerdo con su contrato. Lo mismo se puede decir cuando el contrato no regule un aspecto específico de la utilización de la base de datos o cuando aquélla no esté regulada por contrato. En este caso si el usuario ha adquirido legítimamente la base de datos, podrá acceder a la misma y utilizarla, es decir, podrá consultarla”. Apartados 6.1 y 6.2 de la EdM, p. 48.

Véanse también los Considerandos 25 y 26 de la Propuesta Inicial.

<sup>916</sup> V. VANOVERMEIRE, «Lawful user in the Database Directive», (2000), pp. 72 y ss.

<sup>917</sup> En R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 43. Aunque el autor acto seguido viene a afirmar que «En ambos casos las excepciones son aplicables a los usuarios legítimos, sin perjuicio de que la propia excepción pueda servir para legitimar al usuario como ocurre claramente en los casos 6.2 c y 9 c»; y en algunas páginas atrás, refiriéndose al art. 6.1 entiende que «es usuario legítimo quien usa o utiliza una base de datos, o disfruta de ella, por razón de una licencia o autorización del titular de derecho». En

El principal argumento en contra de esta interpretación es que supedita el ejercicio de las limitaciones al acceso legítimo o la posesión de una copia lícita a la base de datos, otorgando una superprotección ajena a la regulación tradicional de la propiedad intelectual<sup>918</sup>, cuyas consecuencias —no objeto de análisis en esta obra— no deben ser minusvaloradas.

Otra posibilidad apunta a definir usuario legítimo como aquel que realiza una utilización lícita de la base de datos, resulte ésta autorizada por el titular de derechos o por la ley (p. e., una limitación). Esta interpretación, —a la que se acogen miembros destacados de la doctrina<sup>919</sup>— es, a juicio de V. VANOVERMEIRE, la más acorde con la regulación tradicional de la propiedad intelectual<sup>920</sup>, aunque no llega a explicar del todo por qué aparecen los términos citados en la DBD, en especial en el art. 9. En efecto, la remisión del art. 9 conduce a un argumento circular<sup>921</sup> o es simplemente redundante, al no aportar un requisito “extra” a los demás elementos de la limitación<sup>922</sup>. M. DAVISON considera, por otro lado, que esta interpretación no resulta demasiado

---

R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 43 y nota 38 y p. 25 respectivamente.

<sup>918</sup> Su precedente más inmediato lo encontramos en la regulación de los programas de ordenador. Con posterioridad a la regulación de bases de datos la referencia al acceso legítimo reaparece, como hemos visto, en la regulación de la DDASI. *Vid. supra* apartado 1.1.D.

<sup>919</sup> G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans...», (1997), pp. 100 y 124 y ss. Léanse igualmente las opiniones de R. BERCOVITZ reproducidas *supra* nota 917.

<sup>920</sup> V. VANOVERMEIRE, «Lawful user in the Database Directive», (2000), p. 65 y pp. 66-69.

<sup>921</sup> S. CHALTON, «The Copyright and Rights in Databases...», p. 179; G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans...», (1997); V. VANOVERMEIRE, «Lawful user in the Database Directive», (2000), p. 68.

<sup>922</sup> En efecto el principal argumento en contra de esta definición es que deja a la expresión de usuario legítimo vacía de contenido: «[...] it is thus not capable of giving a correct meaning to the term, because it does not solve the problem of how to become a lawful user. One cannot become a lawful user by relying on the exceptions, because the exceptions contained in the Directive state that only lawful users can rely on them. One should thus first be categorised as a lawful user, before going able to rely on the exceptions to the rightholder's authorisation right. To drop the term lawful would on the other hand oppose the will of the European legislature. The explicit use of the term shows the legislators' intention to make the use of a database only useful for lawful users. A user simply relying on the exceptions provided by national laws —as accepted by traditional copyright— is not such a lawful user.» V. VANOVERMEIRE, «Lawful user in the Database Directive», (2000), p. 68.

consistente con la intención del legislador, al jugar en contra de la misma la referencia a la expresión usuario legítimo en los artículos 6.1 a), —y en sentido similar el art. 8.1— que presuponen la existencia de una autorización del titular de derechos<sup>923</sup>.

La segunda de las interpretaciones presentadas, que identifica usuario legítimo con aquel que tiene acceso lícito a la obra, es la que nos parece más adecuada y más en la línea de la evolución de la regulación de la propiedad intelectual —pensemos, por ejemplo, en el art. 6.4 de la DDASI—.

En todo caso, cabe la posibilidad de plantearse si el alcance del concepto de usuario legítimo coincide en los tres artículos apuntados. Los artículos 6.1 y 8 parecen referirse, conforme a lo previsto en la primera interpretación arriba apuntada, a usuarios que han adquirido el derecho de uso de la base de datos en virtud de una autorización del titular de derechos. Ambos artículos presuponen de manera implícita su permiso al referirse a la *autorización* para la utilización —art. 6.1— o para la extracción o reutilización de partes no sustanciales —art. 8.1— de la base de datos. Al mismo tiempo es éste usuario legítimo (necesariamente “licenciatario”) el que está obligado a respetar lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 8, que prohíbe tanto la realización de actos que sean contrarios a una explotación normal de dicha base o que lesionen injustificadamente los intereses legítimos del fabricante de la base —apartado 2— como los que perjudiquen al titular de unos derechos de autor o de derechos afines que afecten a obras o prestaciones contenidas en dicha base —apartado 3—. Sin perjuicio, claro está, de que el usuario legítimo del art. 9 b) probablemente tampoco pueda llegar a realizar estos actos, pero no en virtud de lo dispuesto en el art. 8, sino en virtud de la cláusula de salvaguardia a la que se somete la limitación: —en la medida justificada por el objetivo no comercial perseguido—. Realmente los arts. 6.1 y 8 vienen a definir los derechos del usuario, “licenciatario”, de la base de datos. Derechos

---

<sup>923</sup> M. DAVISON, *The legal protection of databases*, (2004), p. 78.

que, por otro lado, no pueden ser derogados por contrato, tal y como exige el art. 15 de la Directiva<sup>924</sup>.

En cambio, el usuario legítimo al que se refiere el artículo 9 puede ser cualquier usuario potencial, siempre que tenga un *acceso lícito* a la misma. El alcance subjetivo del art. 9 es, si se quiere, más amplio: comprende tanto a los usuarios sin autorización del titular de derechos como a los que disfrutan de autorización del autor para utilizar la base de datos. Las facultades reconocidas al usuario legítimo en el art. 9 se enuncian, por tanto, al margen de cualquier relación contractual con el titular del derecho *sui generis*. A nuestro juicio, el usuario legítimo del art. 9, deberá en todo caso, haber tenido un acceso legítimo a la base de datos, que podrá derivarse de diversas situaciones —en las que no necesariamente concurrirá la existencia de un vínculo contractual—. En la misma línea que la prevista en el art. 6.4 de la DDASI no parece que las limitaciones del art. 9 legitimen al usuario para *acceder* a la base de datos. Si el acceso a la base de datos está sometido a la autorización del fabricante —derecho no regulado por la normativa de propiedad intelectual<sup>925</sup>— o de un tercero y el usuario ni ha obtenido tal derecho ni ha tenido por otra vía acceso de manera legítima, entonces no podrá disfrutar de las limitaciones. Si el acceso es libre para el usuario —si éste no comete ningún acto ilícito para acceder a la base—, entonces podrá reivindicar el disfrute de la limitación. Este requisito *extra* supone, recordemos una vez más, la continuación de la ruptura inaugurada por la Directiva sobre la protección jurídica de los programas de ordenador respecto a la regulación tradicional de la propiedad intelectual —donde la utilización de una obra protegida no se hace depender de la licitud del acceso a la misma<sup>926</sup>— y que se ve coronada en la regulación de la

---

<sup>924</sup> Que bajo la rúbrica: Carácter imperativo de determinadas disposiciones, declara: “Serán nulos de pleno derecho cualesquiera pactos contrarios a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6 y en el artículo 8”.

<sup>925</sup> Tampoco en el caso de los derechos sobre las bases de datos; tal y como ha confirmado el TJCE en la sentencia de 9 de noviembre de 2004, Asunto *The British Horseracing Board y otros*, párs. 54-55. Recordemos que el TJCE en el caso de autos da una noción amplia de los conceptos de extracción y reutilización, si bien entiende que no crean un derecho de acceso y que, por tanto, los derechos del titular no abarcan la consulta a la base de datos.

<sup>926</sup> V. VANOVERMEIRE, «Lawful user in the Database Directive», (2000), p. 65.

interacción entre las limitaciones y las medidas tecnológicas de protección en la DDASI.

### C. La limitación con fines de ilustración

Habiendo puesto de manifiesto las principales características de la regulación de las restricciones al derecho *sui generis*, tanto en lo que se refiere a la propia configuración del derecho como al régimen general de limitaciones, cabe analizar la regulación de la limitación con fines de enseñanza. Recordemos que el art. 9 de la Directiva dispone que:

“Los Estados miembros podrán establecer que el usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, pueda, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma:

b) cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente y en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga.”

#### *c1 Derechos afectados*

De acuerdo con una interpretación literal del precepto, la limitación sólo alcanza a los actos de extracción, no a la reutilización del contenido. También en el caso de la limitación con fines privados (art. 9.a)) el legislador ha confinado su ejercicio a la extracción, si bien para tal supuesto resulta del todo coherente, ya que el concepto de reutilización —“toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, transmisión en línea o en otras formas” — entraña en sí mismo un uso público que desnaturalizaría la finalidad misma de la limitación<sup>927</sup>. Pero éste no es el caso de las limitaciones con fines ilustrativos, respecto a las cuales la comunicación pública —recordemos que páginas atrás equiparábamos la noción de extracción a la reproducción y la reutilización a la comunicación pública

---

<sup>927</sup> En sentido similar A. STROWEL/J-P. TRIALLE, *Le Droit d'Auteur, du Logiciel...*, (1997), p. 274; BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 43.

y a la distribución— no sólo no es incompatible sino que puede llegar a ser realmente necesaria para cumplir con los fines de la limitación<sup>928</sup>.

Algunos representantes de la doctrina han justificado la opción adoptada por el legislador en la consideración de que el derecho de reutilización tiene connotaciones claramente comerciales<sup>929</sup>. Si bien pudiera ser éste el ánimo inicial del legislador, tal y como parece concluirse de los textos preliminares<sup>930</sup>, lo cierto es que ese carácter comercial del término reutilización —e igualmente del de extracción— no es más que el resultado de una suposición o, si se quiere, de una lectura entre líneas que generan una importante inseguridad jurídica y que, además no parece derivarse de la redacción finalmente adoptada en la DBD. Una interpretación como la apuntada nos forzaría a concluir que las utilidades sin fines comerciales no forman parte del derecho *sui generis*, lo que no parece que, en modo alguno, sea lo perseguido por la DBD<sup>931</sup>.

---

<sup>928</sup> R. BERCOVITZ encuentra esta omisión injustificada, «[...] no hay razón para que el art. 9 b) [...] no se haya referido genéricamente a la utilización de la base de datos, como el art. 6.2 b) y c), puesto que ya se ha dicho al comienzo (al igual que en el art. 6.2 con respecto a los derechos del art. 5) que la enumeración es de excepciones al derecho de extracción y/o reutilización (los del art. 7.1 y 2). De esta forma se habría evitado la incorrección del art. 9 b), que omite injustificadamente la reutilización, cuando es obvio que la misma («puesta a disposición al público») es también necesaria para conseguir los «fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica»». En R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), p. 43.

<sup>929</sup> J-L. GASTER, «La nouvelle directive européenne...», (1996). Al comentar la excepción para fines privados M. A. BOUZA, *El derecho sui generis...*, (2001), p. 98.

<sup>930</sup> Recordemos que inicialmente el derecho de impedir la extracción y reutilización se referían a supuestos con fines comerciales. *Vid.* art. 2.5 de la Propuesta Inicial.

<sup>931</sup> Véanse igualmente las conclusiones de la Abogado General en el Asunto *The British Horseracing Board y otros*, que en cuanto a ambos derechos destaca: “Por lo que se refiere a los dos actos prohibidos, carecen de pertinencia el objetivo o la intención del usuario del contenido de la base de datos. Por tanto, tampoco resulta determinante el hecho de que la explotación se realice con carácter meramente comercial. Los únicos elementos de hecho pertinentes son los mencionados en ambas definiciones legales”; párr. 88. En particular en relación con el concepto de reutilización opina que: “mediante la utilización deliberada del concepto de «reutilización» en lugar de «reexplotación», el legislador comunitario pretendía dejar claro que también debía otorgarse protección contra los actos de usuarios no comerciales”, párr. 104. Conclusiones de la Abogado General, Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas el 8 de junio de 2004.

## *c2 Beneficiarios*

En cuanto a los beneficiarios, y salvando las apreciaciones formuladas respecto al usuario legítimo, no se establece, al igual que acontecía con el derecho de autor, ninguna limitación. El Considerando 51 de la Directiva se limita a señalar que “[...] los Estados miembros [...] podrán limitar dicha autorización a determinadas categorías de establecimientos de enseñanza o de investigación científica”.

## *c3 El requisito relativo a la divulgación de la base de datos y la alusión a la fuente*

Un requisito adicional que no aparece en la formulación de la limitación en el caso del derecho de autor sobre las bases de datos, es el relativo a que la base de datos haya sido divulgada, tal y como exige la referencia a “sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público”. Por otro lado, al igual que en el caso de las bases de datos, se requiere la mención a la fuente. En opinión de M. A. BOUZA, «si bien en el texto no se delimita el contenido de este concepto parece que en todo caso debería constar en forma fácilmente perceptible el nombre del titular actual de la base de datos, el lugar y la fecha de producción», sin perjuicio de que «en algunos casos también puede ser útil la consignación del nombre del fabricante»<sup>932</sup>.

En cuanto a los restantes requisitos nos remitimos a lo explicado anteriormente, al coincidir punto por punto con lo dispuesto para el derecho de autor sobre las bases de datos.

## *2.4 Consideraciones finales. Especial referencia al Informe de evaluación de la DBD*

El 12 de diciembre de 2005 la Comisión Europea publica el Primer Informe de evaluación de la Directiva que responde, con cierto retraso, a las exigencias del art. 16.3<sup>933</sup>. Su propósito es verificar si se han

---

<sup>932</sup> *El derecho sui generis...*, (2001), p. 100 y nota 307.

<sup>933</sup> “La Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre la aplicación de la presente Directiva en el cual, en particular sobre la base de informaciones específicas suministradas por los Estados miembros, estudiará especialmente la aplicación del derecho sui generis, incluidos los artículos 8 y 9, y



alcanzado las metas perseguidas por la DBD y valorar, en particular, si la creación del derecho *sui generis* ha tenido aspectos adversos sobre la competencia. En el Informe se recuerdan los tres objetivos principales de la Directiva: eliminar las diferencias existentes en la protección jurídica de las bases de datos, salvaguardar la inversión de los fabricantes de bases de datos y asegurar que los intereses legítimos de los usuarios de acceder a la información compilada en la bases de datos quedan garantizados<sup>934</sup>. Nos centraremos en las conclusiones del citado documento en relación con este último punto, por ser éste el que guarda relación directa con el presente trabajo.

El Informe de evaluación se limita a constatar los resultados del estudio de implementación de la DBD, llevado a cabo por *Nautadutilh*<sup>935</sup>. Tras contrastar las opiniones de diferentes actores interesados se concluye que mientras que los titulares de derechos son de la opinión, salvo contadas excepciones, de que la Directiva responde de manera satisfactoria a este equilibrio, ciertos usuarios (entre ellos: bibliotecas, organizaciones académicas, loterías y usuarios públicos de bases de datos) manifiestan su preocupación por la superprotección generada por el alcance del derecho *sui generis*. Representantes de la comunidad académica y científica denuncian, además, que la formulación en exceso restrictiva de las limitaciones al derecho *sui generis* perjudica seriamente el acceso y la utilización de datos e información con fines científicos y educativos. El documento advierte finalmente del impacto del derecho *sui generis* y el régimen de las limitaciones en el acceso a la información, sugiriendo que precisamente el temor a su efecto negativo justifica la jurisprudencia del TJCE<sup>936</sup>.

---

concretamente si la misma ha dado lugar a abusos de posición dominante o a otras violaciones de la libre competencia que justificasen medidas adecuadas, en particular el establecimiento de un régimen de licencias no voluntarias. Presentará, en su caso, propuestas destinadas a adaptar la presente Directiva a la evolución de las bases de datos.”

<sup>934</sup> DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC..., p. 3.

<sup>935</sup> The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, (2001).

<sup>936</sup> DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC..., pp. 21-22.

Las Comisión, tras admitir las dificultades que plantea la interpretación del alcance y contenido derecho *sui generis*, el hecho de que la protección cree una *cuasi* protección de la información y la falta de evidencia empírica de sus efectos positivos sobre la producción de bases de datos<sup>937</sup>, plantea cuatro opciones de política legislativa: revocar la Directiva (opción 1) o, en su caso, el derecho *sui generis* (opción 2), modificar las disposiciones relativas al derecho *sui generis* (opción 3) o mantener el texto tal y como está (opción 4)<sup>938</sup>. Tales opciones han sido sometidas a un proceso de consulta pública, al que han contestado más de un centenar de organizaciones.

Si se analizan de manera conjunta las opiniones de los representantes de los intereses de la comunidad científica y de la doctrina vertidas con ocasión del documento preparado por *Nautadutilh* así como de las consultas abiertas por la Comisión —tanto la relativa a la DBD como, con anterioridad, la referida al *acquis* comunitario— se ponen de manifiesto las siguientes conclusiones:

- Respecto a la regulación del derecho *sui generis*, se advierte que la Directiva viene, en la práctica, a proteger meros datos, limitando el acceso a la información y perjudicando el beneficio público que se deriva de la utilización de datos e información con fines científicos y educativos<sup>939</sup>. Asimismo se ha insistido en la necesidad de una mejor de definición de los derechos de los usuarios en el texto de la

---

<sup>937</sup> DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC..., pp. 23-25.

<sup>938</sup> DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC..., pp. 25-26.

<sup>939</sup> Léanse las respuestas de la Royal Society, apoyadas por M. Barnes y ALLEA- ALL European Academies, a las encuestas diseminadas por *Nautadutilh*, resumidas respecto a este punto en el informe de *Nautadutilh*: The implementation and application of Directive..., pp.485-487. También la contribución de EBLIDA (European Bureau of Library, Information and Documentation Associations) a la Consulta pública sobre la regulación de las bases de datos (p. 2) y la del National Consumer Council (p. 10) a la Consulta sobre el *acquis* comunitario.

DBD en aras a garantizar que un verdadero equilibrio entre los intereses afectados<sup>940</sup>.

- En lo relativo a la regulación de las limitaciones en el acervo comunitario, se ha destacado como problemática la relación entre la DDASI y la de las Bases de Datos y se han denunciado las inconsistencias y falta de coherencia entre las disposiciones de ambas normas<sup>941</sup>.

- Finalmente, en lo que se refiere de manera específica a la limitación con fines de enseñanza al derecho *sui generis*, las principales críticas conciernen a las dificultades de interpretación de los requisitos del precepto y a su carácter innecesariamente restrictivo. En general, se estima que la redacción del artículo encierra muchas ambigüedades, tanto en relación con los requisitos relativos a los “fines ilustrativos y de investigación científica” (especialmente en lo que se refiere al concepto de investigación)<sup>942</sup> como con los referidos el objetivo no comercial o la referencia al usuario legítimo<sup>943</sup>. También se considera inadecuada la restricción

---

<sup>940</sup> Aportación de eIFL.net (Electronic Information for Libraries), p. 4, a la Consulta pública sobre la regulación de las bases de datos.

<sup>941</sup> Respuesta de eIFL.net (pp. 3, 6-7) a la Consulta pública sobre la regulación de las bases de datos. Este aspecto ha sido igualmente puesto de relevancia en el informe del IVIR, *The Recasting of Copyright...*, (2006), pp. 64 y ss.

<sup>942</sup> Léanse las opiniones de la Royal Society, apoyada por M. Barnes y ALLEA- ALL European Academies, de B. Hugenholtz, de “anonymous 4”, de ICSU y de FEP-Federation of European Publishers, recogidas en el Informe de Nautadutilh: *The implementation and application of Directive...*, pp. 485-489.

<sup>943</sup> Nautadutilh, *The implementation and application of Directive...*, pp. 485-487.

La alusión al usuario legítimo ha sido también muy cuestionada en las contribuciones a las dos consultas públicas abiertas por la Comisión. En cuanto a la relativa específicamente a la regulación de las bases de datos, léase, por ejemplo, el documento remitido por la eIFL.net (Electronic Information for Libraries), donde se sugiere eliminar la referencia al usuario legítimo de la Directiva o, como alternativa, incluir la siguiente definición: “A lawful user in relation to a database, means any person who (whether under a licence to do any of the acts restricted by any database right in the database or otherwise) has a right to use the database.”, p. 6. En sentido similar se pronuncia LACA (The Libraries and Archives Copyright Alliance), p. 4. En relación con la Consulta relativa al *acquis* comunitario, véanse las respuestas del National Consumer Council, p. 9; SCONUL (Society of College, National and University Libraries), p. 2; LACA, p. 3; EBLIDA, p. 2; EADP (European Association of

que constriñe el alcance de limitación a los actos de extracción y no a la reutilización<sup>944</sup>. Se ha criticado, además, el hecho de que la limitación no tenga naturaleza imperativa<sup>945</sup> y que no esté alineada con la del derecho de autor<sup>946</sup>.

Se constata, en todo caso, como afirmábamos respecto al derecho de autor sobre las bases de datos, que los efectos prácticos de la limitación respecto a las utilidades son bastante limitados, y ello debido, fundamentalmente, a que no se permita la reutilización sino sólo la extracción. Mucho más interesante que las limitaciones es, a efectos de las posibles utilidades con fines de enseñanza, la referencia a la configuración jurídica del derecho *sui generis*, especialmente tras la interpretación dada por el TJCE. Recordemos que la utilización no sistemática de partes no sustanciales está permitida siempre que sea contraria a la explotación normal de la base o que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante.

---

Directory and Database Publishers), (2004), p. 2; CRID (Centre de Recherche Informatique et Droit), pp. 3-4.

<sup>944</sup> Nautadutilh, The implementation and application of Directive..., pp. 485-489: apreciaciones de "Anonymous 1", B. Hugenholtz, ICSU, CILIP, UK Patent Office, "Anonymous 4" y el Science Council of Japan.

<sup>945</sup> Nautadutilh, The implementation and application of Directive..., pp. 485-489: Declaraciones de la Royal Society, apoyadas por M. Barnes y ALLEA- ALL European Academies y de ICSU. También respuesta del Max Planck Institute, p. 9, a la Consulta pública sobre la regulación de las bases de datos.

<sup>946</sup> Léase por ejemplo la opinión de CILIP, recogida en Nautadutilh, The implementation and application of Directive..., p. 488. Igualmente consúltense las respuestas de EBLIDA, p. 3; LACA (p. 4), Max Planck Institute (p. 9) a la Consulta pública sobre la regulación de las bases de datos, y la del CRID a la Consulta pública sobre el *aquis* comunitario (p. 7): "The teaching and research purpose exception in copyright and sui generis regimes is conceived differently. Indeed, in the second regime the notion of "lawful user" is applied. We consider that this notion should not be taken into account as regards to this exception because it plays as a supplementary criterion. The justification underlying the teaching and research exception fundament is the educative interest and the development of a knowledge society. This is the reason why we are in favour of applying both regimes equally to this exception."

## Capítulo 3

### **Las excepciones docentes en el Derecho español. Especial referencia a las limitaciones docentes en Derecho comparado y a su aplicación en la enseñanza en línea**

En este Capítulo abordaremos el estudio de las excepciones docentes en el Derecho español. En el apartado I, aludiremos brevemente al régimen de las limitaciones a los derechos de propiedad intelectual, mencionando las principales modificaciones implementadas en la LPI por la Ley 23/2006. Entre tales novedades destaca la incorporación a la Ley de Propiedad Intelectual de una nueva limitación especialmente orientada a los usos educativos: el denominado “límite de ilustración en la enseñanza” (art. 32.2 LPI). A su análisis dedicaremos el apartado II del presente Capítulo. Allí se desarrollarán los diferentes requisitos de la limitación, procediendo a su valoración desde la perspectiva del Derecho comparado. La aplicación de las limitaciones docentes al entorno en línea merece un apartado individual (apartado III). En este caso, dado el escaso margen que el legislador español deja a la utilización en línea, se incide de manera especial en las soluciones alcanzadas en otros países, con el fin de poner de manifiesto la diversidad de opciones barajadas para intentar resolver el equilibrio entre la necesidades de la educación y la protección debida a los intereses de los titulares de derechos, los cuales pueden verse especialmente afectados por los riesgos inherentes a la explosiva combinación “tecnología digital-redes telemáticas”. Finalmente, en el apartado IV, procederemos al estudio de otras dos limitaciones directamente relacionadas con el tema que nos ocupa. Se trata de la cita “con fines docentes” (art. 32.2 LPI) y de las excepciones relativas a las bases de datos que, también, llevan adscrita la finalidad de ilustración en la enseñanza (arts. 34.2 b) y 135.1 b) LPI).

## I. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN DE LOS “LÍMITES” AL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA LPI

*1 El listado de “límites” a la propiedad intelectual. En especial la reforma de la LPI*

### *1.1 La Reforma de la Ley 23/2006*

En julio de 2006 se aprueba la *Ley 23/2006, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*<sup>947</sup>. La norma responde a la necesidad de incorporar al Derecho español la DDASI. De acuerdo con lo dispuesto en el Preámbulo los criterios seguidos en la transposición se han basado, preferentemente, en la fidelidad al texto de la Directiva y en el principio de mínima reforma de la actual normativa.

La incorporación de la DDASI, impuesta por su art. 12 para el 22 de diciembre de 2002, se ha realizado con considerable retraso<sup>948</sup>. España fue el penúltimo país de la UE —el último sería Francia<sup>949</sup>— en proceder a la transposición. La regulación de las excepciones y, muy en particular, la delimitación del régimen de la copia privada<sup>950</sup> fueron los causantes de este retraso.

Al anteproyecto de 2005 le precedieron al menos cuatro borradores hechos públicos por los Ministerios competentes. El primero de ellos, de noviembre de 2002, era sin duda el más ambicioso. Al de noviembre le siguió el de enero de 2003 y, ya con el nuevo Gobierno, el de noviembre de 2004. Un Borrador más se publica en diciembre de 2004. La publicación de cada uno de estos borradores fue seguida de la pertinente ronda de alegaciones. A lo largo de este Capítulo acudiremos

---

<sup>947</sup> BOE núm. 162, de 8/06/2006, pp. 25561-25572.

<sup>948</sup> Tal retraso fue objeto de recurso de la Comisión ante el TJCE quien efectivamente estima que el Reino de España ha incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2001/29/CE. STJCE de 28 de abril de 2005, asunto C-31/04, *Comisión vs. Reino de España*.

<sup>949</sup> Sin perjuicio de la transposición de la DDASI en Alemania que se ha previsto en dos fases, la segunda de las cuales —“second basket”— está aún pendiente de aprobación.

<sup>950</sup> R. BERCOVITZ, «Los derechos de autor y los límites...», (2006), p. 44.

a menudo a las aportaciones de las partes interesadas en los diversos trámites de alegaciones ante el Gobierno, ya que las mismas nos brindarán las claves para la interpretación de algunas de las modificaciones impuesta por la Ley 23/2006, en especial en lo que se refiere al nuevo límite de ilustración en la enseñanza, cuya redacción finalmente adoptada se corresponde con la formulada en el Borrador de diciembre de 2004.

Las principales reformas de la LPI pueden resumirse en los siguientes puntos<sup>951</sup>:

- Clarificación de la definición de los derechos de explotación, en especial los de reproducción, distribución, y comunicación pública; y reconocimiento explícito del derecho de puesta a disposición interactiva.
- Modificación del régimen de la copia privada y adaptación del Capítulo de límites.
- Reforma de algunas disposiciones relativas a los derechos de reproducción y distribución para artistas, productores de fonogramas y productores de grabaciones audiovisuales; así como a la tutela "post mórtem" para los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes.
- Regulación de las medidas tecnológicas de protección y la protección de la información para la gestión de derechos.
- Revisión del Libro III, Capítulo 1, en lo que refiere a la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios y en cuanto a las medidas a adoptar para el cese de la actividad ilícita.

Las principales críticas vertidas respecto a la reforma se refieren a los excesos cometidos por el legislador en apartados no exigidos por la

---

<sup>951</sup> Para un análisis completo y crítico del alcance de la reforma léase R. BERCOVITZ/ I. GARROTE/A. GONZALO/ R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, (2006). Más crítico se revela J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *La ley de Propiedad Intelectual*, (2006).

DDASI<sup>952</sup> y a olvidos imperdonables en la transposición<sup>953</sup>. Asimismo, la doctrina se lamenta de que no se haya aprovechado la ocasión para modificar determinadas imperfecciones de la LPI<sup>954</sup>. Por otro lado, como se avanza en el Preámbulo, en buena parte de los casos el legislador, en una tónica ya habitual en la implementación de las directivas, se ha limitado a transcribir con carácter literal los preceptos de la DDASI, poniendo así de manifiesto una excesiva prudencia que no siempre, dada la peculiar naturaleza de las directivas, arroja resultados satisfactorios. RODRÍGUEZ TAPIA acusa la “defectuosa técnica legislativa” seguida en el proceso de transposición de la DDASI<sup>955</sup>. Se perciben concesiones excesivas a determinados grupos de presión<sup>956</sup>, sin que se

---

<sup>952</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *La Ley de Propiedad Intelectual...*, (2006), pp. 10 y 23; excesos que a juicio del autor van «en perjuicio de los autores, de los artistas e intérpretes y de los derechos básicos del ciudadano».

<sup>953</sup> Así en el caso de los art. 160.3 y 162, en los que se echa en falta la alusión al derecho *sui generis*. Véase al respecto R. BERCOVITZ, «Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual», (2006), p. 25; I. GARROTE, «La tutela de las medidas tecnológicas...», (2006), pp. 175 y 199.

<sup>954</sup> «[E]l derecho nacional, una vez más, no ha querido afrontar —aprovechando una reforma de la ley— los problemas endémicos de la propiedad intelectual en España. [...] las entidades de gestión, la comisión mediadora y arbitral, los límites al derecho de autor, la duración de los derechos»; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *La Ley de Propiedad Intelectual...*, (2006), p. 9, consúltense igualmente las pp. 11-12. También R. BERCOVITZ, en «Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual», (2006), p. 19. Cabe destacar que la propia Ley reconoce en su Preámbulo la necesidad de una reforma en profundidad: “No obstante, al margen de las obligaciones legislativas internacionales y comunitarias, existen aspectos propios de la realidad española que deberán ser abordados en un futuro inmediato, como, por ejemplo, los organismos arbitrales, sin perjuicio de que esta Ley habilite al Gobierno para que, con carácter provisional, refuerce los mecanismos de actuación de la actual Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual, que pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual, la clara delimitación de competencias en materia de propiedad intelectual entre el Estado y las Comunidades Autónomas o la evolución tecnológica y su incidencia en el nivel de desarrollo de la sociedad de la información en España, atendiendo en este último caso a las oportunidades que el avance de la tecnología digital y de las comunicaciones suponen para la difusión de la cultura, para la aparición de nuevos modelos económicos y sociales, para el mayor y mejor disfrute de los ciudadanos, sin que nada de esto haya de suponer menoscabo en la protección de los creadores.”

<sup>955</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *La Ley de Propiedad Intelectual...*, (2006), pp. 9 y ss.

<sup>956</sup> También lo destaca R. BERCOVITZ, en «Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual», (2006), pp. 21 y ss., particularmente en relación a la regulación del derecho de puesta a disposición respecto a “los otros derechos de propiedad intelectual”, entendiéndose que «ha dado lugar a modificaciones diferentes en cada uno de los casos, en función de la influencia que sobre el legislador han tenido los grupos implicados».



hayan tenido en cuenta los intereses de otros agentes que tal vez no han participado de manera activa en las rondas de consultas<sup>957</sup>. De ahí que, en determinados ámbitos de la transposición, el resultado final no siempre pueda tildarse de solución equilibrada. Lo comprobaremos al analizar algunas de las limitaciones de nueva creación —en particular las referidas a la ilustración de la enseñanza (art. 32.2)<sup>958</sup> y a la comunicación pública en determinados establecimientos (art. 37.3)— y al comentar el régimen previsto para la interacción entre limitaciones y medidas tecnológicas de protección<sup>959</sup>.

Como acabamos de apuntar, la *Ley 23/2006* procede a la reforma del Capítulo II, Título III, Libro I de la LPI, dedicado a los “Límites” a la propiedad intelectual. La norma introduce cuatro nuevas limitaciones: la relativa a las reproducciones provisionales (art. 31.1)<sup>960</sup>, la de la ilustración de la enseñanza (art. 32.2)<sup>961</sup> y las referidas a la reproducción en determinados establecimientos con fines de conservación (art. 37.1 *in fine*) y a la comunicación pública a través de terminales especializados con fines de investigación (art. 37.3)<sup>962</sup>. Además, se incorporan ciertas

---

<sup>957</sup> Al estudiar la nueva limitación contemplada en el art. 32.2 referida a la ilustración con fines de enseñanza, comprobaremos que la redacción final del precepto responde a las propuestas de los representantes de los titulares de derechos sin que, a nuestro parecer, se hayan atendido las necesidades de un colectivo clave para el desarrollo de la sociedad, el de la educación. Ello justificará, como hemos avanzado, que en el próximo apartado insistamos en el trámite de audiencia a las partes interesadas ante el Gobierno, ya que fue allí donde se “coció” el precepto y donde podemos descifrar la razón de ser de los requisitos que lo informan.

<sup>958</sup> *Vid.* infra apartado II.

<sup>959</sup> *Infra* apartado I.3.

<sup>960</sup> Apartado Cinco del Artículo Único, que da nueva redacción al art. 31 LPI: “No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la Ley.”

<sup>961</sup> Contemplada en el nuevo apartado 2 del art. 32 e introducida en la LPI por el Apartado Siete Artículo Único de la *Ley 23/2006*. A su análisis dedicaremos el grueso de este Capítulo (*vid.* infra apartado II).

<sup>962</sup> Apartado Ocho del Artículo Único, que modifica el art. 37 LPI.

modificaciones en algunas de las preexistentes<sup>963</sup>. Si tomamos la lista de la DDASI como referencia, comprobaremos que se han dejado de lado las limitaciones contempladas en el art. 5.2 letras *a)* —reprografía—<sup>964</sup>, *b)* —conservación de grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión—<sup>965</sup> y *e)* —reproducciones realizadas por instituciones con fines sociales—<sup>966</sup> y en el art. 5.3 letras *i)* —inclusión incidental—<sup>967</sup>,

---

<sup>963</sup> Sin perjuicio de las precisiones incorporadas en el art. 31.2 —supresión del término copista por el de persona física, indicación de que la copia debe realizarse para su uso privado, o supeditación de la excepción al acceso legal de la obra—; se procede a la creación, en aras a una mejor sistematización, de un nuevo art.31 bis, que contempla dos de las limitaciones que anteriormente figuraban en el art. 31. En primer lugar, la referida a la Seguridad y procedimientos oficiales, que ahora incluye, además, los parlamentarios y que se extiende al derecho de reproducción al de distribución y comunicación pública. También se amplía el ámbito de aplicación de la excepción prevista en la LPI para el uso privado de los invidentes, que, de acuerdo con la dicción del nuevo art. 31 bis, se refiere a “los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige.”

Otra modificación, que también ha suscitado una importante polémica, es la relativa a las revistas de prensa (art. 32.1.2º), que introduce una licencia no voluntaria, cuya aplicación está condicionada a la voluntad del autor, a quien se le faculta, en determinados casos —artículos periodísticos y utilización con fines comerciales—, a oponerse a la utilización. Sobre el límite relativo a las revistas de prensa léase R. BERCOVITZ, «Los derechos de autor y los límites...», (2006), pp. 52 y ss.

<sup>964</sup> “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: [...] En relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa”.

<sup>965</sup> “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: [...] cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; *podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional*”.

<sup>966</sup> “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: [...] en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa”.

<sup>967</sup> “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 se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material”.

j) —anuncio de exposición o venta de obras de arte—<sup>968</sup>, l) —demostración o reparación de equipos—<sup>969</sup> y m) —reconstrucción de edificios—<sup>970</sup>.

De las modificaciones citadas —y sin perjuicio del límite relativo a la ilustración en la enseñanza, en el que ahondaremos en el apartado II de este Capítulo—, cabe destacar la incorporación de un “límite” indirectamente relacionado con el objeto de esta tesis: el relativo a la comunicación pública en los terminales de determinados establecimientos, a saber: los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español. Detengámonos en él por unos instantes.

La Ley 23/2006 agrega un apartado, el tercero, al art. 37 LPI:

“No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado [los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo Español] y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de

---

<sup>968</sup> “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 tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial”.

<sup>969</sup> “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 se use en relación con la demostración o reparación de equipos”.

<sup>970</sup> “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 se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio.”

adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa.”

El ámbito de aplicación del art. 37.3 se perfila en términos bastante más restrictivos que los previstos para el art. 5.3 n) de la DDASI<sup>971</sup> del que trae causa. El precepto comunitario admite como finalidad de la limitación el estudio personal, no se limita de manera expresa a redes cerradas e internas y no hace referencia alguna a una remuneración equitativa. A nuestro juicio, la opción tomada por el legislador resulta absolutamente inadecuada<sup>972</sup>, especialmente en lo que se refiere a la finalidad y a la remuneración<sup>973</sup>: ¿limitarán ahora las bibliotecas el acceso a los terminales sólo a los investigadores?, ¿son investigadores los alumnos de un instituto?, ¿tiene realmente sentido imponer una remuneración equitativa por ojear un libro, —electrónico—, de los fondos de la biblioteca?

Nótese, por otro lado, que el legislador español no se pronuncia respecto al sistema de remuneración, ni, como sucede en otros preceptos de la norma, se remite a su ulterior desarrollo reglamentario<sup>974</sup>.

---

<sup>971</sup> Recordemos que el art. 5.3 n) permite que los Estados Miembros contemplen en su normativa interna limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación pública “cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia”. El art. 5.2 c) menciona las bibliotecas, los centros de enseñanza, los museos accesibles al público y los archivos.

<sup>972</sup> Aparentemente en contra de nuestra opinión J. M. RODRÍGUEZ TAPIA que, además, advierte de los posibles riesgos de la limitación: «Con el tiempo, habrá que ver, a la luz de la expansión de las bibliotecas digitales y de la aplicación de la regla de los tres pasos [...] cuál es el alcance definitivo de este límite, o si debe, en un futuro no lejano, ser reformado de nuevo». En *La Ley de Propiedad Intelectual...*, (2006), p. 36.

<sup>973</sup> Como nos advierte F. CARBAJO: «incluso la puesta a disposición en terminales internas para la consulta in situ deberá pensarse muy bien por estas instituciones, ya que deberán abonar una remuneración a las entidades de gestión correspondiente, con lo que ello puede suponer para los magros presupuestos de las bibliotecas e instituciones similares en nuestro país.» En *Propiedad Intelectual*, (2006), p. 74.

<sup>974</sup> En este punto cabe traer a colación la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas (BOE núm. 150, de 23/06/2007, pp. 27140-27150), que incorpora, en su

Si tenemos en cuenta la implementación de la citada disposición de la DDASI en los restantes miembros de la UE, han incorporado la limitación a su ordenamiento interno Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal y Polonia. En la mayoría de los casos —excepciones flagrantes las encontramos en Dinamarca, Francia y Polonia— se sigue el tenor literal de la DDASI. Y, lo que es más importante, ninguno de ellos ha implementado un sistema de licencia no voluntaria. Por otro lado, sólo Estonia ha restringido los fines a la investigación<sup>975</sup>.

El legislador introduce, además, otra modificación en el art. 37 LPI, esta vez en el apartado 1 —que, en nuestra opinión, es en sí misma otra limitación— relativa a las reproducciones con fines de conservación:

“Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de [...] conservación.”

---

Disposición final primera, apartado dos, una nueva modificación al art. 37 de la LPI, en este caso a su apartado 2, referido al préstamo público. El nuevo texto, reaccionando ante la sentencia condenatoria del TJCE, somete el préstamo público a una remuneración. (Recordemos que en la sTJCE de 26 de Octubre de 2006 —Asunto C-36/05— se concluye que “el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, al eximir de la obligación de remunerar a los autores por los préstamos públicos de obras amparadas por derechos de autor los préstamos concedidos por la práctica totalidad, si no la totalidad, de las categorías de establecimientos.”) No obstante, quedan eximidos de la obligación de remuneración, conforme a lo visto en el pár. 3º de la versión consolidada del art. 37.2, los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español. La cuantía de la remuneración, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión, se determinará por Real Decreto. Hasta que se apruebe el mismo, tal cuantía ascenderá de 0.2 euros por cada ejemplar de obra adquirido por los establecimientos beneficiarios de la limitación.

<sup>975</sup> Sobre la transposición del art. 5.3 n) léase G. WESTKAMP, *Study on the implementation...*, (2007), pp. 45-48; y M. J. IGLESIAS Y L. VILCHES, «Les bibliothèques numériques...», en prensa.

La excepción citada se hace eco de la necesidad de garantizar la preservación del patrimonio cultural conservado en archivos, bibliotecas y museos, posibilitando así su conservación y, en última instancia, el acceso a las mismas por los ciudadanos. El texto español, al no distinguir entre obras en formato analógico o en formato digital, no imponer restricciones cualitativas respecto al tipo de obras que pueden ser reproducidas ni limitar el número de copias que pueden hacerse con fines de conservación —aunque el test en tres pasos exigirá que sean sólo las necesarias para garantizar la misma—, posibilita, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos vecinos<sup>976</sup>, su aplicación a las obras digitales.

Las dos limitaciones estudiadas son muy relevantes, tanto para las bibliotecas tradicionales como, especialmente, para las bibliotecas digitales, figura que, siguiendo los trabajos de la Comisión Europea<sup>977</sup>, con acierto contempla la *Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas*, definiéndolas como:

“colecciones organizadas de contenidos digitales que se ponen a disposición del público. Pueden contener materiales digitalizados, tales como ejemplares digitales de libros u otro material documental procedente de bibliotecas, archivos y museos, o basarse en información producida directamente en formato digital.” (Art. 2 h)

En el Capítulo V de la citada Ley, dedicado exclusivamente a las bibliotecas, se alude con frecuencia al necesario respeto a los derechos de los autores y al acceso a la información por los ciudadanos. Es más, reconociendo y reforzando las funciones tradicionales de las bibliotecas —la difusión y preservación de los conocimientos— en la Sociedad de la Información, el art. 13.4 de la ley dispone que el Ministerio de Cultura promoverá la creación de bibliotecas digitales de acuerdo con los criterios —coincidentes con los enunciados por la Comisión Europea

---

<sup>976</sup> Léase al respecto, M.J. IGLESIAS Y L. VILCHES, «Les bibliothèques numériques...», en prensa.

<sup>977</sup> Consúltense la documentación e información relativas a la iniciativa *Digital Libraries*, [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm).

en la iniciativa *Digital Libraries*<sup>978</sup>— de accesibilidad en línea, de digitalización de colecciones analógicas para ampliar su uso en la sociedad de la información y de preservación y almacenamiento para garantizar que las generaciones futuras puedan acceder al material digital y evitar la pérdida de contenidos, intentando así paliar el temido “agujero negro del s. XX”<sup>979</sup>.

De acuerdo con lo estudiado en las páginas precedentes, puede afirmarse que el legislador español ha sido, respecto al tratamiento de las limitaciones, bastante conservador al no haber aprovechado todas las posibilidades otorgadas por la DDASI<sup>980</sup>; aunque, a su favor, hay que reconocer que ha mantenido e introducido las más importantes. Por otro lado, hemos comprobado que, respecto al art. 37.3, ha restringido en exceso el ámbito de aplicación tolerado por la DDASI. Adelantamos —lo estudiaremos en profundidad en el apartado II de este Capítulo— que algo similar ha acontecido con la limitación con fines docentes contemplada en el art. 32.2 de la LPI. Si retomamos los principios que han regido la preparación de la Ley 23/2006 podemos avanzar que, en lo que se refiere a la transposición de las normas sobre limitaciones, no ha operado como criterio de transposición “la fidelidad al texto de la Directiva”, que se ha visto superado por “el principio de mínima reforma de la actual normativa”. La solución alcanzada, en particular en lo referido a las limitaciones susceptibles de ser aplicadas en entornos educativos, dista de respetar el justo equilibrio entre los derechos e intereses de las distintas categorías de titulares y los de los

---

<sup>978</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - i2010: bibliotecas digitales {SEC(2005) 1194} {SEC(2005) 1195}. COM/2005/0465 final.

<sup>979</sup> “The 20th century black hole”, expresión tomada del High Level Expert Group on Digital Libraries, Summary Minutes of the 1st meeting, 27/03/2006, p. 3; accesible en [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/hleg\\_minutes/summary\\_minutes\\_hleg\\_1st\\_meet\\_en\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/summary_minutes_hleg_1st_meet_en_final.pdf). Vid. también la Carta de la UNESCO sobre la preservación del patrimonio digital, de 15 de octubre de 2003. Accesible en [http://portal0.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=17721&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal0.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17721&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

<sup>980</sup> R. BERCOVITZ, «Los derechos de autor y los límites...», (2006), p. 39.

usuarios de las obras y prestaciones protegidas, como se sugiere en la parte expositiva de la norma.

No obstante, el propio legislador reconoce en el Preámbulo que

“al margen de las obligaciones legislativas internacionales y comunitarias, existen aspectos propios de la realidad española que deberán ser abordados en un futuro inmediato, como, por ejemplo, [...] la evolución tecnológica y su incidencia en el nivel de desarrollo de la sociedad de la información en España, atendiendo en este último caso a las oportunidades que el avance de la tecnología digital y de las comunicaciones suponen para la difusión de la cultura, para la aparición de nuevos modelos económicos y sociales, para el mayor y mejor disfrute de los ciudadanos, sin que nada de esto haya de suponer menoscabo en la protección de los creadores.”

Nos preguntamos si, entre las enigmáticas reformas arriba anunciadas, se esconde también una nueva aproximación a las limitaciones a la propiedad intelectual, que, efectivamente, garantice “el mayor y mejor disfrute de los ciudadanos”, “atendiendo [...] a las oportunidades que el avance de la tecnología digital y de las comunicaciones suponen para la difusión de la cultura”. Ya hemos visto que en lo que respecta a la posibilidad de consultar los fondos electrónicos de una biblioteca el legislador no ha sido especialmente generoso (art. 37.3). Y comprobaremos que al regular la excepción de ilustración de la enseñanza se han ignorado las nuevas tecnologías y los nuevos modelos educativos, para adoptar una posición decimonónica, en la que la enseñanza se limita a la acción del profesor dentro del aula. Dicho esto, pocas esperanzas albergamos respecto a las futuras reformas. Y ello pese al dictado de la Disposición adicional tercera introducida por la Ley 23/2006 que, bajo la rúbrica *Fomento de la difusión de obras digitales*, dispone:

“El Gobierno favorecerá la creación de espacios de utilidad pública y para todos, que contendrán obras que se hallen en dominio público en formato digital y aquellas otras que sean de titularidad pública susceptibles de ser incorporadas en dicho régimen, prestando particular atención a la diversidad cultural española.



Estos espacios serán preferentemente de acceso gratuito y de libre acceso por sistemas telemáticos, mediante estándares de libre uso y universalmente disponibles.

Asimismo, a estos espacios podrán incorporarse las obras cuyos autores así lo manifiesten expresamente.”

Lamentablemente, el texto no parece ser más que una declaración de buenas intenciones<sup>981</sup>, un guiño a las aspiraciones de un colectivo, el de las licencias libres (*free software, open source, o creative commons*), cuyas pretensiones de facilitar el acceso y difusión del conocimiento hubieran sido realmente respetadas si se hubieran incorporado al articulado de la LPI.

### 1.2 El listado de límites de la LPI

La LPI contempla en el Capítulo II, del Título II, Libro I, los denominados *Límites* a la propiedad intelectual. Los artículos 31 a 39, sin responder aparentemente a sistemática definida<sup>982</sup>—a saber: según los derechos afectados, la finalidad o justificación subyacente a las limitaciones, o su carácter gratuito o remunerado—, relacionan las limitaciones a la propiedad intelectual:

- El art. 31 se refiere a las reproducciones provisionales (art. 31.1) y a la copia privada (art. 31.2).
- El art. 31.bis a la utilización de obras protegidas con fines de seguridad o para el correcto desarrollo de procedimientos oficiales (art. 31 bis.1) y las realizadas en beneficio de personas con discapacidad (art. 31 bis.2).
- El art. 32, contempla las limitaciones de cita (art. 32.1.1º), reseñas o revistas de prensa (art. 32.1.2º) e ilustración de la enseñanza (art.32.2).
- Los art. 33 y 35 aluden a la utilización de obras protegidas con fines de información sobre la actualidad (arts. 33.1 y 2, y 35.1) y la reproducción, comunicación y distribución de obras situadas en vías públicas (art. 35.2).

---

<sup>981</sup> R. BERCOVITZ, en «Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual», (2006), p. 27; I. GARROTE, «Apéndice», (2006), pp. 259 y ss.

<sup>982</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Artículo 31», (1997), p. 595; B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 240.

- El art. 34 establece el régimen específico de excepciones al derecho de autor sobre las bases de datos.
- El art. 36 exceptúa determinados supuestos de radiodifusión por cable y satélite.
- El art. 37 autoriza la reproducción (art. 37.1), el préstamo (art. 37.2) y la consulta de obras mediante terminales especializados (art. 37.3) en determinados establecimientos.
- El art. 38 contempla las excepciones relativas a la ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas.
- Y, finalmente, el art. 39 contempla la parodia.

Estos límites resultan también aplicables a los “otros derechos de la propiedad intelectual”<sup>983</sup>. El legislador ha previsto, además, un régimen específico de excepciones para el derecho *sui generis* a las bases de datos (art. 135 LPI) y para los programas de ordenador (art. 100).

De los límites referidos, tres están directamente relacionados con el objeto de esta tesis: el contemplado en el art. 32.2, referido a la ilustración con fines de enseñanza (al que dedicaremos el apartado II del presente Capítulo), el del art. 32.1.1º relativo a la cita —que, no lo olvidemos, en nuestro ordenamiento se supedita a los fines docentes— y los previstos en los arts. 34.2 b) y 135.1 b) para los derechos sobre las bases de datos —que aluden de manera expresa a los fines de enseñanza—; (*vid. infra* apartado IV).

Antes de proceder al estudio de las disposiciones citadas, cerramos este apartado introductorio con una breve referencia al test en tres pasos y a la interacción entre las medidas tecnológicas de protección y las limitaciones a la propiedad intelectual, que, junto con los requisitos exigidos para cada una de las excepciones docentes, determinarán el alcance efectivo de estas últimas.

---

<sup>983</sup> Art. 132 LPI: “Aplicación subsidiaria de disposiciones del Libro I: Las disposiciones contenidas en el artículo 6.1, en la sección 2ª del Capítulo III del título II y en el Capítulo II del Título III, ambos del libro I, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este libro.”

## 2 *El test en tres pasos*

La lista de “límites” se cierra con el art. 40 bis que, introducido con ocasión de la transposición de la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos por la Ley 5/1998, incorpora el test en tres pasos, en nuestro caso en dos<sup>984</sup>, a nuestro ordenamiento. Tal incorporación ha sido cuestionada por algunos representantes de la doctrina, al entender que el denominado test en tres pasos, tal y como aparece tipificado en el Derecho convencional y en la normativa comunitaria, parece más bien orientado al legislador<sup>985</sup>.

El art. 40 bis<sup>986</sup> establece que:

“Los artículos del presente Capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.”

<sup>984</sup> J. J. MARÍN en la «Mesa Redonda: El test de las tres etapas...», (2005), p. 24.

<sup>985</sup> G. BERCOVITZ, «Los límites a los derechos patrimoniales...», (2006), p. 118. En contra, J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA que entiende que la doble orientación del test en tres fases (al legislador y al intérprete) es manifiesta en el caso de los tratados internacionales, en particular en el TODA. En *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 236 y nota 1078. Sobre el destinatario del test en tres fases en la DDASI *vid. supra* Capítulo 2, apartado II.1.1.C.

<sup>986</sup> El art. 40 bis no ha sido modificado por la Ley 23/2006. En el primer Borrador de reforma de la LPI, de noviembre de 2002, se propone (art. decimocuarto) la modificación de la rúbrica —aplicación de las normas sobre límites— y el contenido del art. 40 bis. En primer lugar, en el apartado 1 de la versión propuesta, se dispone que “los límites previstos en este Capítulo afectarán únicamente a los derechos y modalidades de explotación mencionados en cada caso o a los exigidos por la finalidad a la que aquellos respondan.” Para a continuación clarificar, por si hubiera duda alguna, que “Las utilidades al amparo de los límites no conllevarán compensación económica en favor del autor, a menos que se establezca expresamente lo contrario”. El apartado segundo reordenaba los dos criterios de aplicación, según lo dispuesto en la DDASI: “En todo caso, los límites a la propiedad intelectual se aplicarán de forma tal que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra ni perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.” El Borrador de Enero de 2003, mantenía la propuesta aunque suprimiendo el inciso “a los exigidos por la finalidad a la que aquellos respondan.” En los textos posteriores no se propone modificar el art. 40 bis. Para una valoración de las modificaciones propuestas en los textos citados véase J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada en el entorno digital...*, tesis inédita, (2003), pp. 444-445.

Esta prueba en dos fases aparece también en relación con los límites previstos para los programas de ordenador (art. 100.7<sup>987</sup>) y el derecho *sui generis* a las bases de datos (art. 135.2<sup>988</sup>).

La norma va orientada al intérprete del Derecho, a saber el juzgador —y el jurista—, que deberá determinar —valorar— el alcance específico de cada limitación. Pese a las críticas vertidas sobre el precepto, que parecen atribuirle un papel poco relevante en la práctica<sup>989</sup>, lo cierto es que, dado el margen interpretativo de algunas limitaciones (en particular de las concebidas con fines docentes), la aplicación del test en dos pasos puede clarificar y concretar el ámbito específico de aplicación de las limitaciones; y ello tanto en relación con su interpretación en abstracto como, particularmente, en su aplicación a casos concretos. En esta línea se ha afirmado que el art. 40 bis sirve como “el manual de instrucciones del límite”<sup>990</sup>.

También se alude con cierta frecuencia al art. 40 bis como el “límite a los límites”<sup>991</sup>, un plus a los requisitos exigidos para cada una de las limitaciones<sup>992</sup>. A nuestro juicio, como hemos avanzado al tratar el test

---

<sup>987</sup> “Las disposiciones contenidas en los apartados 5 y 6 del presente artículo no podrán interpretarse de manera que permitan que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático.”

<sup>988</sup> “Las disposiciones del apartado anterior no podrán interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal del objeto protegido.”

<sup>989</sup> Léanse las intervenciones de J. J. MARÍN y de A. GONZÁLEZ en la «Mesa Redonda: El test de las tres etapas...», (2005), pp. 23-28 y 31-34 respectivamente. En la jurisprudencia, las alusiones al art. 40 bis suelen tener un carácter anecdótico, sin ningún valor sustantivo. En contra, R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 93; que considera que los jueces sí tienen presentes los criterios del art. 40 bis, aunque lo hagan de manera inconsciente.

<sup>990</sup> Tal y como lo califica M. SOL, en su intervención en la «Mesa Redonda: El test de las tres etapas...», (2005), p. 22.

<sup>991</sup> C. ROGEL, *Derecho de autor*, (2002), p. 60; también A. GONZÁLEZ, transcripción de su intervención en «Mesa Redonda: El test de las tres etapas...», (2005), p. 31.

<sup>992</sup> Así parece entenderlo A. GONZÁLEZ, en «Mesa Redonda: El test de las tres etapas...», (2005), p. 31. Para el autor la aplicación del art. 40 bis serviría para valorar si es necesario o no el pago de una remuneración respecto a los supuestos en los que el legislador no se

en tres pasos en relación con la DDASI<sup>993</sup>, el art. 40 bis se configura más bien como una guía de interpretación, no como una condición de la aplicación de las limitaciones. Debe operar cuando concurra un margen considerable de ambigüedad en relación con la interpretación o aplicación de los requisitos dispuestos para cada una de las limitaciones. El intérprete o el juzgador no puede sustituir la voluntad del legislador, pero, cuando se dé el caso, debe pronunciarse en el sentido que le indica el art. 40 bis, que, parafraseando a GONZÁLEZ DE ALAIZA, está emitiendo el siguiente mensaje: «si se prevé una excepción que admite dos interpretaciones, una contraria a la prueba en tres fases y otra permitida por la misma, deberá adoptarse esta última»<sup>994</sup>. Veremos, por ejemplo, que el artículo 32.2 exceptúa de su ámbito de aplicación los *manuales de texto*, pero no otras obras como las películas —tal y como sí acontece en la limitación prevista para la enseñanza en línea en la legislación alemana<sup>995</sup>— o los artículos científicos. Ni el intérprete ni el juzgador podrán sustraer del ámbito objetivo de aplicación del precepto tales obras por considerar que, pese a cumplirse los restantes objetivos de la limitación, el ejercicio de la limitación puede, en el caso de las primeras, causar un perjuicio considerable a los intereses de los titulares de derechos o, en el de las segundas, afectar a la explotación normal de la obra. Como ha apuntado J. J. MARÍN, el art. 40 bis no debe servir en ningún caso para permitir la inaplicación de una limitación en los términos en los que está legalmente prevista<sup>996</sup>.

En el Capítulo 2 ya hemos tratado el significado de los tres criterios que configuran la prueba en tres fases, por lo que, evitando repeticiones, nos remitimos a las explicaciones allí enunciadas<sup>997</sup>. Cabe resaltar, no obstante, las diferencias entre el texto de la DDASI y el contemplado en

---

pronuncia de manera expresa sobre el carácter gratuito (excepción) o remunerado (licencia no voluntaria) de las limitaciones.

<sup>993</sup> Vid. supra Capítulo 2, apartado II.1.1.C.

<sup>994</sup> J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 237.

<sup>995</sup> §52a *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965.

<sup>996</sup> J. J. MARÍN en la «Mesa Redonda: El test de las tres etapas...», (2005), p. 25. El autor pone como ejemplo el art. 38 de la LPI, en tanto la aplicación práctica de la misma podría en determinados casos entrar en conflicto con los intereses del autor, y cuestiona, dados los términos en los que está redactada, la posibilidad de no aplicar la limitación.

<sup>997</sup> Vid. supra Capítulo 2, apartado II.1.1.C.

la LPI. En primer lugar, se ha suprimido la referencia a los casos concretos, lo cual parece lógico al entenderse que este criterio es en sí mismo un mandato al legislador<sup>998</sup>. Pero, además, en la LPI se altera el orden de los restantes elementos. Así, el primero a tener en cuenta es que la aplicación de los límites no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. El segundo establece que la aplicación de las limitaciones no debe ir en detrimento de la explotación normal de la obra. La dicción del precepto se debe sin duda al origen de la norma: el art. 6.3 de la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos, donde también se antepone el criterio relativo al perjuicio sobre el de la explotación normal de la obra. Recordemos en este punto que, al referirse a la configuración del test en tres pasos en el Derecho convencional y comunitario, la doctrina ha otorgado una relevancia clave al orden de la exposición de los diferentes criterios<sup>999</sup>. Es más, como apuntamos en el Capítulo 2, en una propuesta para un reformulación del test se ha apuntado como recomendable invertir el orden de ambos criterios en el sentido contemplado en el ordenamiento español<sup>1000</sup>.

---

<sup>998</sup> El primer paso se entiende que «queda satisfecho con la tipificación legal de los límites; sin perjuicio de que esa tipificación pueda ser puesta en cuestión si realmente los casos recogidos y su configuración desbordan la noción de “casos especiales”»; R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 93, nota 12. Léase también J. J. MARÍN en la «Mesa Redonda: El test de las tres etapas...», (2005), p. 25. Para el último autor, el mandato al legislador se concreta, como mínimo, en los siguientes aspectos: legalidad —las limitaciones a la propiedad intelectual deben contemplarse en una norma con rango de ley— y determinación en relación con las facultades de explotación afectadas y la técnica de limitación —uso gratuito o remunerado—; íd. pp. 25-26.

También es probable que la ausencia de la incorporación del primer criterio se deba a la formulación del test en la DBD —cuya ley de implementación es precisamente la que introduce en la LPI el art. 40 bis—, donde tampoco se alude al mismo.

<sup>999</sup> *Vid. supra* Capítulo 2, apartado II.1.1.C, *in fine*.

<sup>1000</sup> *Vid. supra* Capítulo 2, apartado II.1.1.C, *in fine*.

### *3 La articulación de los límites a la propiedad intelectual y las medidas tecnológicas de protección*

Ya hemos visto que uno de los puntos más difíciles y controvertidos de la DDASI es la regulación de la convivencia entre las medidas tecnológicas de protección y las limitaciones<sup>1001</sup>. El legislador comunitario pretende, por un lado, facilitar el desarrollo de nuevos modelos de negocio, que exigen el respeto a las medidas antiacceso y anticopia, y, por otro, garantizar que las limitaciones a la propiedad intelectual tengan cierto ámbito de aplicación también en el entorno digital. La solución no es fácil, y no ha quedado del todo resuelta ni en el texto comunitario ni, lamentablemente, en la ley española.

El legislador español, siguiendo las pautas delimitadas por la DDASI, otorga preeminencia al derecho de los titulares a adoptar medidas tecnológicas de protección, de modo que ningún usuario, por legítimas que sean sus pretensiones, pueda proceder *motu proprio* a la desactivación de tales medidas para ejercer el límite del que es beneficiario. No obstante, se arbitra un sistema que pretende garantizar cierto equilibrio, que tiene como objetivo facilitar el ejercicio de determinadas limitaciones, no de todas, en el entorno digital. Así, el art. 161 de la LPI reconoce a los beneficiarios de determinadas limitaciones el derecho a disfrutar de los usos autorizados por las mismas cuando ello no sea posible debido a la imposición de medidas tecnológicas de protección. Veamos cuáles son las características del sistema ideado por el legislador.

En primer lugar, el sistema citado resulta aplicable a un número tasado de limitaciones —relacionadas en el art. 161.1<sup>1002</sup>— entre las que se

---

<sup>1001</sup> *Vid.* supra Capítulo 2, apartado II.1.1.D.

<sup>1002</sup> “Tales límites son los siguientes:

- a) Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2.
- b) Límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis.
- c) Límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2.

encuentran la del art. 32.2 y las de los arts. 34.2 y 135.1 b), todas ellas referidas a utilidades educativas. El derecho de cita (art. 32.1.1°), tal y como acontece en la DDASI, queda excluido de la lista de las limitaciones privilegiadas. Además, para poder acogerse al régimen establecido en el art. 161, los beneficiarios de las limitaciones deben haber tenido “acceso legal” a la obra<sup>1003</sup>. Es decir, los usuarios que pretendan hacer valer la cláusula de salvaguarda del art. 161 deberán probar que el acceso inicial a la fuente ha sido lícito. Se considerará acceso ilícito, por ejemplo, el realizado a partir de una copia no autorizada de la obra. Entendemos que, en particular respecto a la limitación del art. 32.2 relativa a la utilización de una obra protegida por el profesorado de educación reglada, son accesos legales o lícitos los efectuados a partir de una copia adquirida por el establecimiento educativo —o por el profesor— y, también, los efectuados a partir de una copia prestada. El requisito del acceso legal ha llevado a algunos miembros de la doctrina a afirmar que el régimen especial de interacción sólo afecta a las medidas anticopia y no a las medidas de

---

d) Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2 b) y c).

e) Límite relativo al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3.

f) Límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación o conservación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1.

g) Límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho “sui generis” en los términos previstos en el artículo 135.1 b) y c).”

<sup>1003</sup> El acceso legal es también requisito de la limitación de copia privada, tal y como viene contemplada en la versión consolidada de la LPI. De acuerdo con el art. 31.2 LPI: “No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya *accedido legalmente* y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.” Sobre la interpretación de esta restricción en relación con la limitación de copia privada véase J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), pp. 304 y ss.



acceso<sup>1004</sup>. Como ya adelantamos al tratar tal requisito respecto al art. 6.4 DDASI<sup>1005</sup>, consideramos que esta afirmación debe ser matizada. Si bien resulta acertada en lo que se refiere al primer acceso a la fuente —p. ej., el profesor que adquiere un CD y lo instala en su ordenador personal—, su aplicación respecto a accesos ulteriores frustrados por la aplicación de medidas tecnológicas de protección —p. ej. en el mismo caso cuando el CD ya no puede “reinstalarse” en el ordenador del aula— queda a nuestro juicio igualmente garantizada por el régimen especial previsto en el art. 161.

En segundo lugar, siguiendo las pautas dispuestas en la Directiva, se otorga preferencia a la iniciativa privada —a las “medidas voluntarias”, de modo que el mecanismo coercitivo previsto por el legislador —en este caso a través de la intervención judicial—, sólo entrará en juego de manera subsidiaria. En este sentido, el art. 161.1 establece el “deber” de los titulares de derechos de facilitar a los beneficiarios de las limitaciones privilegiadas los “medios adecuados” para disfrutarlas conforme a su finalidad.

Tales medidas pueden ser adoptadas unilateralmente por los titulares de derechos o derivarse de acuerdos con otros interesados (art. 161.2). La ley no precisa la referencia que ya hallábamos en la DDASI relativa a los “otros interesados”. Éstos podrán ser, qué duda cabe, los propios beneficiarios de las limitaciones o, más probablemente, sus representantes —¿la Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID) en el caso de las limitaciones a favor de las bibliotecas?—. Pero nada obsta a que también lo sean las administraciones que, por ejemplo, gestionen los intereses de los colectivos afectados —¿El Ministerio de Educación para las limitaciones contempladas en los arts. 32.2, 34.2 o 135.1 b) de la LPI?— o terceros no usuarios que participen en la distribución de las obras o en el diseño o facilitación de la protección tecnológica<sup>1006</sup>.

---

<sup>1004</sup> J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada digital. Sus fundamentos...*, (en prensa), p. 312.

<sup>1005</sup> Supra Capítulo 2 apartado II.1.1.D.

<sup>1006</sup> S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...*, (2005), p. 169.

Al referirse a las medidas voluntarias, la norma española sí alude de manera explícita a los “medios adecuados” —lo cual, como comentábamos al estudiar la Directiva, exige un análisis de proporcionalidad y posibilita su control judicial *a posteriori*—, aunque no precisa en qué podrán consistir esos medios adecuados, dejando su definición al arbitrio de los titulares que adoptan las medidas tecnológicas de protección<sup>1007</sup>. Tal definición, tecnológicamente neutral, pretende acomodarse al desarrollo tecnológico<sup>1008</sup>. La puesta a disposición de los medios adecuados puede implicar desde la neutralización de la medida<sup>1009</sup> —a saber, mediante su desactivación caso por caso (posibilidad sin duda demasiado engorrosa para los titulares de derechos)— o, como sugiere GARROTE<sup>1010</sup>, el desarrollo de una “puerta trasera” en la protección tecnológica y su revelación al usuario (con los riesgos adicionales que puede implicar)—, pasando por otras alternativas que no necesariamente impliquen dejar sin efecto la protección tecnológica —p. ej. la entrega de una copia analógica de la obra<sup>1011</sup>, si es que con ella se garantiza el disfrute del límite por el beneficiario—<sup>1012</sup>.

Los medios adecuados deben posibilitar el ejercicio de la limitación “conforme a su finalidad”, precisión que no aparece contemplada en la Directiva y que entendemos va dirigida tanto a los titulares de derechos —que deben garantizar que los medios son realmente idóneos para dar cumplimiento a la finalidad específica de la limitación—<sup>1013</sup>, como a los

---

<sup>1007</sup> I. GARROTE, «La tutela de las medidas tecnológicas...», (2006), p. 186.

<sup>1008</sup> En el mismo sentido, J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada. Sus fundamentos...* (en prensa), p. 309.

<sup>1009</sup> Que parece ser, como apunta J. J. MARÍN, la solución que tiene en mente el legislador, quien se refiere de manera expresa al “levantamiento de las medidas tecnológicas” tanto el art. 161.4 *in fine* como el Preámbulo de la ley al tratar el régimen especial de la copia privada; en «La copia privada frente...», (2005), p. 51.

<sup>1010</sup> I. GARROTE, «La tutela de las medidas tecnológicas...», (2006), p. 187.

<sup>1011</sup> A. DELGADO, «La incorporación de la Directiva 2001/29...», p. 35.

<sup>1012</sup> Especialmente crítico con la primacía de la voluntad de los titulares de derechos es J. GONZÁLEZ DE ALAIZA: «En mi opinión, no debería reconocerse a los autores la facultad de decidir unilateralmente el modo o formato en el que se realizará la copia o puede frustrarse la finalidad de la excepción». En *La copia privada. Sus fundamentos... (en prensa)...*, p. 310.

<sup>1013</sup> Aludiendo a esta exigencia, A. DELGADO afirma que «sería suficiente, por ejemplo, con que el titular proporcione al beneficiario cualquier copia “analógica” de la obra o prestación de que se trate, aunque estas últimas se hayan puesto en circulación en soportes digitales

beneficiarios —que sólo podrán utilizar la obra o prestación, en su caso desprotegida, conforme les autoriza la limitación y no para otros fines<sup>1014</sup>—.

Si los titulares de derechos no adoptan ninguna medida al efecto, los beneficiarios de las limitaciones y, cuando éstos sean consumidores o usuarios, las entidades legitimadas por el artículo 11.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1015</sup>, podrán acudir a la jurisdicción civil<sup>1016</sup>. A diferencia de sus homónimos europeos<sup>1017</sup>, el legislador español se desmarca del recurso a instancias intermedias, mediante, por ejemplo, la posibilidad de acudir a sistemas de resolución de conflictos de naturaleza administrativa o contractual, o, en combinación con éstas, el depósito de la información para la desprotección. Recordemos que tanto el Borrador de 2002<sup>1018</sup> como el del 2003<sup>1019</sup> habían optado por un procedimiento de este tipo ante la Comisión de Propiedad Intelectual, al igual que acontece en buena parte de los países de nuestro entorno<sup>1020</sup>. La LPI no incluye ninguna referencia explícita al plazo que

---

(dicho de otra forma, el beneficiario no tiene derecho que se le entregue, en todo caso, la “mejor reproducción”)). En «La incorporación de la Directiva 2001/29...», (2006), p. 35. Entendemos que, a la luz de las exigencias que estamos comentando, tal afirmación debe ser matizada, ya que se pueden darse supuestos en los que una copia analógica no garantice el ejercicio efectivo de las limitaciones.

<sup>1014</sup> Nos lo advierte I. GARROTE: «Los límites, además, deberán ser ejercidos cuando se “levante” la protección tecnológica conforme a su finalidad, sin que puedan ser utilizados para encubrir una explotación económica de la obra, lo que sería contrario al art. 40 bis LPI y al art. 5.5 DDASI». I. GARROTE, «La tutela de las medidas tecnológicas...», (2006), p. 186. En este sentido cabe destacar que la obra desprotegida no debería ser utilizada en el marco de otras limitaciones que no figuran en la lista de privilegiadas. Léase respecto a las limitaciones previstas a favor de las bibliotecas, archivos y museos L. VILCHES Y M.J. IGLESIAS « Les bibliothèques numériques...», (2007), en prensa.

<sup>1015</sup> Sobre este punto léase J. J. MARÍN, en «La copia privada frente...», (2005), pp. 55 y ss.

<sup>1016</sup> Art. 161.2 LPI.

<sup>1017</sup> *Vid. supra* Capítulo 2 apartado II.1.1.D.

<sup>1018</sup> Artículo sexagésimo quinto.

<sup>1019</sup> *Vid. arts.* sexagésimo cuarto y sexagésimo quinto.

<sup>1020</sup> Ya con anterioridad a la promulgación de la Ley 23/2006 miembros destacados de nuestra doctrina desaconsejaban la solución anunciada en el Anteproyecto 2005 y que sería la finalmente adoptada en la norma. Entre ellos J. J. MARÍN, en «La copia privada frente...», (2005), pp. 53-54. O, con una elocuencia especialmente crítica, I. GARROTE, que tilda la solución contemplada en el Proyecto de *brindis al sol*: «Las insuficiencias de dicho mecanismo (que en realidad es un mero «brindis al sol») son tan evidentes que no merece la

el usuario o quienes actúen en su defensa deben dejar pasar para ejercitar su derecho ante la inacción del titular de derechos o su negativa a proporcionarle los medios adecuados para disfrutar de las limitaciones.

De este régimen especial no participarán, tal y como exige la DDASI, las obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato<sup>1021</sup>. Ello implica que el régimen especial de interacción entre limitaciones y medidas tecnológicas de protección no será aplicable, por ejemplo, a las publicaciones científicas puestas a disposición del público a través de bases de datos licenciadas por la institución educativa. Así, si las medidas tecnológicas lo impiden, el profesor no podrá exigir a los titulares de derechos que le faciliten la reproducción de pequeños fragmentos de tales publicaciones con fines de ilustración de la enseñanza. Se nos antoja, a todas luces, demasiado restrictivo, especialmente si tenemos en cuenta el limitado ámbito de aplicación del art. 32.2 LPI. Precisamente a esta disposición consagramos el siguiente apartado.

---

pena siquiera señalarlas. Es obvio que los retrasos y el coste económico de un proceso judicial lo convierten en un recurso totalmente inadecuado como mecanismo de salvaguarda legal de las excepciones a los derechos de la propiedad intelectual. Además, parece poco previsible que nuestros jueces acometan con entusiasmo la delicada tarea de hacer posible el ejercicio de una excepción en un caso concreto, creando de la nada un mecanismo de solución de conflictos que en realidad es tarea ineludible del legislador. La jurisdicción civil sólo debe de ser un último recurso posterior a un procedimiento previo que, como ocurre en la mayoría de países de nuestro entorno, sea el que solucione la cuestión en el marco de un organismo administrativo especializado. Si el legislador no quiere (o no puede) abordar la cuestión en este momento debería postergar el asunto a un posterior desarrollo reglamentario, pero no reenviar la cuestión a la ligera a la jurisdicción civil para «librarse» del problema.» En I. GARROTE, *La reforma de la copia privada...*, (2005), p. 191.

<sup>1021</sup> Art. 161.5 LPI.

## II. EL ARTÍCULO 32.2 DE LA LPI

### *1 Introducción y antecedentes*

Entre las nuevas limitaciones incorporadas a la LPI por la Ley 23/2006, está la rubricada como “ilustración de la enseñanza”. En efecto, el art. Siete de la Ley 23/2006 procede a la modificación del art. 32 LPI y, sin perjuicio de otros extremos<sup>1022</sup>, añade un apartado segundo a la disposición. El nuevo art. 32.2 LPI dispone:

“No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.

No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”

La parte expositiva de la norma no se extiende demasiado en las razones para la introducción de esta nueva limitación —o, si se quiere, ampliación de su ámbito objetivo de aplicación (dado que el límite estaba contemplado en nuestra normativa en relación con las bases de

---

<sup>1022</sup> El art. Siete modifica, además, el párrafo segundo del art. 32.1, relativo al régimen jurídico de las revistas de prensa. El nuevo art. 32.1.2º introduce una licencia no voluntaria, cuya aplicación está condicionada a la voluntad del autor, a quien se le faculta, en determinados casos —artículos periodísticos y utilización con fines comerciales— a oponerse a la utilización. Véase al respecto R. BERCOVITZ, en «Los derechos de autor y los límites...», (2006), pp. 52 y ss.

datos y para el derecho *sui generis*)—, sino que se limita a señalar que permitirá “el desarrollo de la actividad educativa”<sup>1023</sup>.

La primera propuesta de introducir una limitación específicamente orientada a la enseñanza aparece en el Borrador de noviembre del 2002<sup>1024</sup>:

“No se necesitará autorización del autor cuando la utilización de obras protegidas se haga únicamente para la ilustración con fines educativos o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. Los supuestos y condiciones para el disfrute de este límite se determinarán reglamentariamente.”

El texto parecía anunciar una más que probable licencia no voluntaria<sup>1025</sup> relativa a la utilización de obras protegidas para la ilustración con fines educativos y, también, de investigación.

En el trámite de alegaciones ante el Ministerio, la limitación fue fuertemente contestada. Si bien algunos de los agentes interesados mostraron su conformidad con el gesto del gobierno para con la educación —en especial la Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (de ahora

---

<sup>1023</sup> “El límite de la ilustración con fines educativos ya está recogido en la actual normativa, aunque limitado a las bases de datos y para el derecho “*sui generis*”. Este límite, crucial en lo que a la educación se refiere, se recoge ahora para extenderlo a todas las categorías de obras, de forma equilibrada, lo que permite el desarrollo de la actividad educativa.” Ley 23/2006, Preámbulo, BOE, núm. 162, de 08/07/2006, p. 25562.

<sup>1024</sup> Art. Octavo. De acuerdo con lo expuesto en la Memoria Justificativa del Borrador “no parece razonable [...] que tal límite quepa sólo para una determinada categoría de obras [Léase las bases de datos]. No obstante la amplia formulación actual del límite (que ha resultado inocua en el caso de las bases de datos, dado que el límite no afecta al contenido de éstas) suscita reservas aplicada de forma general a todo tipo de obras. Hay que tener presente además que éste es un límite crucial en lo que a educación se refiere. Es importante recogerlo en la Ley, pero debe hacerse de forma equilibrada, permitiendo desarrollar las actividades educativas —incluida la enseñanza a distancia basada en el uso de nuevas tecnologías— sin comprometer el derecho de los autores y otros titulares. Por ello requiere una especificación de las condiciones en que se desarrollará que deben ser objeto de un posterior desarrollo reglamentario”.

<sup>1025</sup> R. CASAS, «La transposición de la Directiva 2001/29/CE...», (2004), p. 15.

en adelante FESABID)<sup>1026</sup>—, otros manifestaron su preocupación o disconformidad con el texto propuesto<sup>1027</sup> y en algunos casos su oposición absoluta al precepto. Las posiciones del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO)<sup>1028</sup> y de la Federación de Gremios de Editores de España (de ahora en adelante FGE)<sup>1029</sup> fueron sin duda las más virulentas. Ambas organizaciones propusieron la supresión del precepto y, si dicha pretensión no era atendida, la introducción de un texto alternativo que, en el caso de CEDRO, incorporaba de manera expresa una licencia no voluntaria —eliminando además la referencia a los fines educativos—<sup>1030</sup> y, en el de la FGE, se limitaba a una utilización docente a modo de cita<sup>1031</sup>. Otras organizaciones, como la Federación de

<sup>1026</sup> Escrito de alegaciones de FESABID-Grupo de Bibliotecas y Propiedad Intelectual, de noviembre de 2002.

<sup>1027</sup> Consúltense, a título ilustrativo, los Escritos de alegaciones al Borrador de noviembre de 2002 de las siguientes organizaciones: la Motion Picture Association, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP).

<sup>1028</sup> “Esta excepción es de la máxima gravedad ya que no establece prácticamente limitación alguna y supone una injustificada ampliación del régimen vigente de excepciones [...] Conforme al texto propuesto en el borrador, la ilustración con fines educativos sería suficiente para reproducir, distribuir y comunicar públicamente obras protegidas sin autorización previa de los titulares de derechos, rompiéndose el equilibrio existente de intereses entre dichos titulares y los usuarios”. Escrito de alegaciones de CEDRO, de noviembre de 2002.

<sup>1029</sup> Para quien el apartado propuesto supone, “un grave atentado a los derechos de los titulares, autores y editores”, que además “impediría la explotación normal de la obra [...] adoptando una clara naturaleza confiscatoria”. Escrito de alegaciones de la FGE, de noviembre de 2002.

<sup>1030</sup> “No se necesitará autorización del autor cuando la utilización de obras protegidas se haga únicamente para la ilustración con fines de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. Todo ello sin perjuicio de la correspondiente remuneración a favor de los titulares.” Escrito de alegaciones de CEDRO, de noviembre de 2002.

<sup>1031</sup> Léase el Escrito de propuestas de la FGE a los artículos Octavo y Decimotercero: “No se necesitará autorización del autor para la utilización en el aula de fragmentos de obras protegidas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo cuando se haga únicamente como cita para el análisis y comentario, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.

No se incluyen en esta autorización las compilaciones de partes, fragmentos o extractos de varias obras, que requerirán siempre la autorización de sus autores y generarán los correspondientes derechos a favor de los mismos”.

Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles (FAPAE), reclamaron la necesidad de introducir una referencia expresa a una remuneración compensatoria<sup>1032</sup>. En todo caso, la remisión reglamentaria relativa a la determinación de los supuestos y condiciones para el disfrute de la limitación fue fuertemente criticada<sup>1033</sup>.

Las críticas al texto propuesto motivaron sin duda su desaparición en la siguiente versión del Borrador, de enero de 2003. FESABID, otros representantes de bibliotecas, archivos y entidades afines, y, en menor medida, las universidades, denunciaron tal eliminación al estimar que así no se lograba proteger los intereses sociales de los usuarios de las obras protegidas, en particular los referidos a la educación, la docencia y la investigación científica<sup>1034</sup>.

Es en la siguiente legislatura cuando el nuevo gobierno retoma la implementación de la DDASI y publica, en noviembre de 2004, el tercer Borrador. Se vuelve a proponer la adición de un apartado 2 al art. 32 del LPI<sup>1035</sup>:

“No necesitarán autorización del autor, las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español ni aquéllas otras que estatutariamente tengan finalidades investigadoras para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, excluidos los libros de

---

<sup>1032</sup> Consúltense, entre otros, los Escritos de alegaciones de la FAPAE y de CEDRO.

<sup>1033</sup> Así, en los Escritos de alegaciones de la Asociación Española de Protección del Derecho de propiedad intelectual y el de la Motion Pictures Association.

<sup>1034</sup> Léase el Escrito de alegaciones de FESABID al Proyecto de Reforma del LPI de enero de 2003 o los más 200 escritos remitidos por diversos representantes de archivos, bibliotecas y universidades al Ministerio de Cultura. En tales documentos, cortados por el mismo patrón, se insistía en que “es de suma importancia que la regulación de esta materia no se limite a reflejar única y exclusivamente intereses económicos sino también los intereses sociales necesarios para nuestra sociedad, sobre todo pensando en aquellas capas más desfavorecidas cuyo único acceso al mundo de la información y la cultura lo constituyen los centros arriba expuestos [refiriéndose a bibliotecas y centros similares], donde es atendida cualquier persona sin que medie ningún tipo de restricción de tipo económico o social, es decir para aquellas personas que no pueden costearse el acceso a la cultura, la información y el ocio enriquecedor a través del mercado”.

<sup>1035</sup> Art. Sexto.



texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente”.

Esta vez ya no hay rastro de una posible licencia no voluntaria y los contornos de la limitación aparecen más restringidos:

- Se especifican las entidades beneficiarias de la misma: “las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español [y] aquéllas otras que estatutariamente tengan finalidades investigadoras”.
- Se relacionan los actos permitidos: “reproducción, distribución y comunicación pública”.
- Se especifican restricciones cuantitativas y cualitativas respecto de las obras objeto de la limitación. Así sólo se permite la utilización de “pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo”, al tiempo que se determina que la limitación no afectará a los “libros de texto y los manuales universitarios”.
- Se mantiene la dualidad de fines, a saber: “de ilustración en la enseñanza y en la investigación”.

La acogida de la propuesta tampoco es pacífica. Si los representantes de los usuarios dan abiertamente la bienvenida a la nueva limitación<sup>1036</sup> e incluso presentan propuestas que amplían su ámbito de aplicación<sup>1037</sup>,

---

<sup>1036</sup> Así, la Asociación Española de Empresas de Seguimiento Información y Publicidad que en su escrito de alegaciones de noviembre de 2004 reconoce que el nuevo apartado “llena un importante vacío en el ámbito de la enseñanza y la investigación”; o, como era de esperar, FESABID.

<sup>1037</sup> Hispanalux, resaltando la importancia de “eliminar todas las cortapisas para la educación e investigación”, solicita la extensión del artículo de cara a incluir “todos los soportes de conocimiento” y propone eliminar la referencia a los límites cuantitativos y cualitativos de las obras. Respecto a los beneficiarios entiende que “no sólo en el sistema educativo hay organizaciones que tienen como misión difundir la cultura y el arte, o la investigación científica y la docencia. Hay centros como los grupos de usuarios de gnu/linux donde se investiga o se ejerce la docencia, asociaciones de vecinos que dan cursos a gente en el paro o a familias con poco poder adquisitivo, etc...”. Escrito de alegaciones de noviembre de 2004.

las entidades de gestión y otros colectivos a cargo de la defensa de los intereses de los titulares de derechos se oponen —salvo algunas excepciones— al texto propuesto, abogando por la supresión total de la limitación y/o proponiendo reformas de considerable calado a la versión contemplada en el Borrador<sup>1038</sup>. Los aspectos más

---

<sup>1038</sup>Léanse entre otros:

- El Escrito de la International Confederation of Music Publishers, de noviembre de 2004, que subsidiariamente a la supresión del texto propone el reconocimiento del “derecho de los titulares a obtener una remuneración equitativa por la utilización que de sus obras se haga a título de ilustración con fines educativos o de investigación científica”.

- El de la SGAE, que sugiere la supresión del art. Sexto del Borrador o, en su caso, la introducción de un texto similar al contemplado en el Convenio de Berna: “Será lícita, sin autorización del autor, la utilización de las obras ya divulgadas, en la medida justificada por el fin no comercial perseguido, a título de ilustración en la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión, tanto sonora como audiovisual, fonogramas o grabaciones audiovisuales, a condición de que se indique la fuente con inclusión del nombre del autor, si éste se conociere, y de que esta utilización sea conforme a los usos honrados. Se establecerá reglamentariamente, con la colaboración de las organizaciones representativas de los sectores interesados, un procedimiento de control permanente de la aplicación del límite dispuesto en el párrafo anterior, a efectos de los previsto en el art. 40 bis de la Ley”.

- O el de CEDRO, que, también con carácter subsidiario a la supresión, propone el texto siguiente: “No necesitarán autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, o de pequeños fragmentos de otros tipos de obras, excluidos los libros de texto y los manuales y libros universitarios, cuando tales actos se hagan respecto de obras ya divulgadas, únicamente para la ilustración de las actividades educativas que se desarrollen dentro de las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, y siempre que se trate de obras ya divulgadas e incluyan, salvo en los casos en que resulte imposible, el nombre del autor y la fuente.

Los usos previstos en el párrafo anterior originarán una remuneración equitativa y única a favor de los titulares de los derechos sobre las obras.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos que anteceden, no se podrán elaborar, reproducir, distribuir ni comunicar compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras sin la autorización de los titulares de derechos”.

- Por su parte la VEGAP, sin oponerse frontalmente al texto, sugiere la siguiente redacción: “No necesitará autorización del autor, el profesorado de la educación reglada, para realizar actos de reproducción y comunicación pública de las obras ya divulgadas, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de las actividades educativas que se desarrollen dentro de las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida e indicando la fuente y el nombre del autor, si éste se conociere.

Los titulares de derechos tendrán derecho a percibir una remuneración equitativa y única que les compense por el uso de sus obras que se establecerá reglamentariamente.

controvertidos fueron, sin lugar a dudas: la determinación de los beneficiarios, la finalidad específica a la que deben servir los actos autorizados, el carácter remunerado o gratuito de la limitación y la posibilidad de que la limitación diera cabida a prácticas tales como el dossier de fotocopias.

El gobierno reacciona y, en un intento de conciliar las diferentes posiciones, opta por delimitar aún más los contornos del art. 32.2, manteniendo, eso sí, su carácter gratuito. La versión del Borrador de reforma publicada en diciembre de 2004<sup>1039</sup> establece que:

“No necesitará la autorización del autor el profesorado de educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.

No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”

Las principales novedades incorporadas en el precepto son la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación: “profesorado de educación reglada”; la referencia a “en las aulas”; y la exclusión relativa a “las compilaciones y agrupaciones de obras o fragmentos”, de acuerdo con lo previsto en el párrafo final del artículo. La redacción formulada en este último texto se corresponde, en efecto, con la

---

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, no se podrán elaborar, reproducir, distribuir, ni comunicar públicamente compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico o análogo sin la autorización de los titulares de derechos”.

<sup>1039</sup> Artículo Único apartado Seis del Borrador de diciembre de 2004.

contemplada en el Proyecto de ley presentado ante el Congreso<sup>1040</sup>, que, en lo que a este punto se refiere, no varía de la versión finalmente adoptada por la Ley 23/2006.

No obstante, en los trámites llevados a cabo con posterioridad a diciembre del 2004, la limitación tampoco estuvo exenta de discusión. Como veremos inmediatamente, resultan de especial interés las críticas esgrimidas por el Consejo de Estado en su Dictamen preceptivo del Anteproyecto de Ley, así como las alegaciones, enmiendas e informes vertidos a lo largo del íter parlamentario.

El órgano consultivo, en su Dictamen 187/2005<sup>1041</sup>, es bastante crítico con el Anteproyecto, precisamente con las novedades introducidas en la última versión. La referencia al profesorado de educación reglada y a que los actos permitidos se circunscriban a los llevados a cabo en las aulas resultan, a juicio del Consejo de Estado, demasiado limitativas al no reconocer, por un lado, la importancia de la educación no reglada y al excluir, por otro, de modo “incluso irrazonable”, las enseñanzas a distancia, *en línea* o no presenciales.

Las opiniones del Consejo son esgrimidas a lo largo del íter parlamentario en las comparencias de los representantes de los usuarios<sup>1042</sup> e incluso (parcialmente) por alguna de las entidades de gestión<sup>1043</sup>. Desde otra perspectiva, diferentes entidades a cargo de la defensa de los intereses de los titulares de derechos mantienen su

---

<sup>1040</sup> Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 44-1, de 26/08/2005, pp. 1-14.

<sup>1041</sup> Dictamen 187/2005, de 10 de marzo de 2005.

<sup>1042</sup> Así en el caso de la Federación de Consumidores en Acción (FACUA), *vid.* DS, Congreso de los Diputados, núm. 393, de 18/10/2005, en particular pp. 29 y ss.; y de FESABID, *id.* p. 35. Consúltense igualmente, por resultar más esclarecedores, los escritos de ambas organizaciones que acompañaban a la comparencia (accesibles en el Archivo del Congreso).

<sup>1043</sup> Comparencia de la SGAE ante la Comisión de Cultura, DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 23 y 26, que denuncia la distinción entre educación reglada y no reglada.

posición contraria al texto propuesto<sup>1044</sup> y plantean diferentes propuestas que se debaten entre la supresión del nuevo apartado 2 del art. 32 y el reconocimiento de una remuneración a favor de los autores. En cuanto a la representación política cabe recordar que, en el Congreso, el Grupo Parlamentario Mixto<sup>1045</sup>, el Grupo Parlamentario Vasco<sup>1046</sup>, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya-Els Verds<sup>1047</sup> y el de Esquerra Republicana<sup>1048</sup> hacen suyas,

<sup>1044</sup> Léanse en particular las comparecencias ante la Comisión de Cultura de CEDRO y de VEGAP, DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 13 y ss y pp. 27 y ss. respectivamente.

<sup>1045</sup> Léase la Enmienda núm. 5, presentada por Don Francisco Rodríguez Sánchez, al artículo 32.2: “De modificación del primer párrafo. Texto que se propone: «Artículo 32.2. Cita e ilustración de la enseñanza.» «2. No necesitará autorización del autor la reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de actividades educativas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. (...)”. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, p. 30.

<sup>1046</sup> Enmienda núm. 23 al apartado siete del artículo único: “De modificación. Se propone la modificación del artículo 32 con el siguiente tenor: «Artículo 32. Cita e ilustración. [...] 2. Está igualmente exenta del derecho de reproducción, distribución y comunicación pública la utilización de obras protegidas realizada únicamente para la ilustración con fines educativos, de esfuerzo personal o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y se incluya el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible. [...]”. Y esgrime la siguiente justificación: “En cuanto a la ilustración, la enmienda de acuerdo con la sugerencia del Consejo de Estado amplía el ámbito de la excepción al no limitarlo al profesorado de educación reglada ni que haya de ser utilizada en las aulas, ya que la Directiva no establece dichas limitaciones y, además, se posibilita la afectación de la educación no reglada pero cada vez más importante en el sistema educativo y las enseñanzas on-line.” BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, p. 39.

<sup>1047</sup> Enmienda núm. 38: “De sustitución. Artículo siete. Artículo 32.2. Quedaría redactado de la siguiente forma: «Artículo 32.2. Cita e ilustración de la enseñanza. 2. No necesitará autorización del autor la reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de actividades educativas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.»”. Con la siguiente justificación: “Es conveniente eliminar las expresiones «profesorado de educación reglada», «actividades educativas en las aulas», así como del segundo párrafo que presenta el artículo en su redacción inicial. En este sentido, la enmienda coincide plenamente con las

opiniones expresadas por el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de marzo de 2005 en relación con el examen de anteproyecto de ley que precedió a este texto (número de expediente 187/2005). Igualmente la propia Directiva 2001/29/CE pensaba en la educación a distancia cuando planteó la redacción del límite 5.3a en el que se inspira el nuevo límite 37.2 que presenta el anteproyecto. Así, en el Considerando 42 de la propia Directiva podemos leer lo siguiente «Al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia,...». BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, p. 45.

<sup>1048</sup> Enmienda núm. 132: “De modificación. Se modifica el apartado segundo del artículo 32 que quedará redactado como sigue: «2. No necesitará autorización del autor los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras cuando tales actos tengan únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no lucrativa perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.»”. A la citada enmienda le acompaña la siguiente justificación: “Uno de los problemas mas evidentes en el ámbito de la docencia e investigación es la necesidad de poder efectuar determinados actos actualmente no permitidos sin autorización como son «comunicar» públicamente una obra a clase (una canción, una película, etc.). La directiva comunitaria permite esta excepción (art. 5.3 a) en términos mucho más amplios de los propuestos en el texto del Gobierno. De entrada limita al «profesorado», ignorando que los alumnos cada vez más han de exponer sus trabajos en clase y por tanto pueden necesitar también de realizar un acto de «comunicación pública» de alguna obra para ilustrar su trabajo. Recordemos que tanto la reforma educativa en la enseñanza secundaria como en los nuevos planes de estudio que se preparan a través de la declaración de Bolonya en ámbito universitario piden que cada vez más el alumno utilice mucho más las fuentes bibliográficas existentes en detrimento del sistema clásico de apuntes. Es necesario pues, facilitar la utilización de estas obras. También encontramos que en el ámbito universitario imparten clases miembros del personal de administración y servicios (que no son propiamente profesorado pero que participan en el desarrollo de las clases): bibliotecarios, técnicos de laboratorio, técnicos de informática, etc. Que no quedarían amparados por el actual redactado. El redactado original hace mención a los “fragmentos” de obras, limitación que parece exagerada si tenemos presente que nos estamos refiriendo sólo al ámbito educativo. No quedaría cubierto con el redactado actual es el visionado completo en una clase de una película o un documental que ilustre un tema de estudio. El caso es aún más grave si hablamos de los documentales porque es claro que si se compra un documental en una institución docente es precisamente para verlo en clase. Igualmente pasa con la audición de obras en las clases de los conservatorios o en una clase de idiomas. Se exceptúan además los «libros de texto y manuales universitarios», lo que parece absurdo y fruto sólo de la presión del CEDRO. De entrada se hace difícil determinar que es un «manual». De acuerdo con la teoría biblioteconómica un manual es aquella obra de referencia que explica los principales aspectos de una materia determinada o que está diseñada de manera que facilita un acceso rápido a la información (presencia de sumarios, índices etc.). No obstante creemos que para los editores un manual es cualquier libro donde aparezca la palabra «manual» o cualquier libro general sobre una especialidad concreta. Es decir, la práctica totalidad de los documentos que se utilizan habitualmente en clase, con lo cual se anula la excepción. Las últimas frases del redactado «No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la

con mayor o menor acierto, las argumentaciones del Consejo de Estado, mientras que el Grupo Popular apunta hacia una interpretación más restringida de la limitación que, en todo caso, ha de llevar aparejada una remuneración para los autores<sup>1049</sup>. También el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), aunque respalda algunos de los argumentos del Consejo de Estado, se muestra partidario de instaurar un régimen de licencia no voluntaria<sup>1050</sup>. Las enmiendas en el Senado

---

reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo» parecen dirigidas directamente a impedir que un profesor de arte enseñe a sus alumnos imágenes de las obras a estudiar. Nos podríamos preguntar entonces como se pretende que se haga clase. [...] La aprobación de este artículo tal y como está redactado es un freno a la actividad docente porque si cada vez que se realiza fuese necesario solicitar la autorización correspondiente sencillamente se regresaría al sistema de apuntes.” BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, p. 88.

<sup>1049</sup> Enmienda núm. 108: “Al artículo único siete De modificación. «Siete. El artículo 32 quedará redactado en los siguientes términos: Artículo 32. Cita e ilustración de la enseñanza.” [...] 2. No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, o de pequeños fragmentos de otros tipos de obras, excluidos los libros de texto y los manuales y libros universitarios, cuando tales actos se hagan respecto de obras ya divulgadas, únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que incluyan, salvo en los casos en que resulte imposible, el nombre del autor y la fuente. Los usos previstos en el párrafo anterior originarán una compensación equitativa y única a favor de los titulares de los derechos sobre las obras. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos que anteceden, no se podrán elaborar, reproducir, distribuir ni comunicar públicamente compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo sin la autorización de los titulares de derechos.»”. Enmienda que lleva adjunta la siguiente justificación: “La introducción de nuevos límites debería ser objeto de una revisión más amplia del TRLPI y no de esta trasposición de la directiva que, en la exposición de motivos, se señala como «de mínimos». Si este límite se mantiene, es necesario acotarlo y retribuirlo. La compensación o retribución de los derechos del autor, como cualquier otro gasto vinculado a la enseñanza y articulado por Ley, debe ser asumida por la Administración responsable”. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, pp. 74-75.

<sup>1050</sup> Enmienda núm. 92: “A los efectos de modificar el apartado siete del artículo único del referido texto Redacción que se propone: «Siete. El artículo 32 queda redactado del siguiente modo: Artículo 32. Cita e ilustración de la enseñanza. [...] 2. No necesitará autorización del autor la utilización de obras ya divulgadas que tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre y cuando la utilización se realice en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, se indique —salvo que resulte imposible— la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada, y los titulares reciban una compensación equitativa. Los supuestos y las condiciones para el

del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos<sup>1051</sup> y del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés<sup>1052</sup> se pronuncian en sentido similar respecto a sus aportaciones en el Congreso.

---

disfrute de este límite se determinarán reglamentariamente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.»”. Justifica la propuesta en los siguientes términos: “[...] La incorporación de un nuevo apartado 2 al actual artículo 32 para recoger el límite de ilustración de la enseñanza exige necesariamente modificar la actual redacción del artículo 32 en su integridad, pues lo contrario supondría que el ya de por sí confuso artículo 32 actual quedara redactado de forma aún más confusa, mezclándose los conceptos de «cita» y de «ilustración de la enseñanza». Proponemos, pues, que si la sede de los límites de «cita» y de «ilustración y de la enseñanza» va a ser el mismo artículo, éste se redacte de forma que queden claramente diferenciados cada uno de los límites. Atendiéndose por separado al bien jurídico que cada uno de ellos tutela, evitándose que la redacción entre en conflicto con la normal explotación de las obras o que se perjudiquen injustificadamente los legítimos intereses de los autores. Por otra parte debe también tenerse en cuenta que mientras los usos al amparo del derecho de cita son gratuitos, los usos al amparo de esta nueva excepción de ilustración deberían ser remunerados. Podría ser ésta una solución a la situación de «alegalidad» en que se mueve nuestro sistema educativo y de investigación, con grave inseguridad jurídica para todos los implicados. Esta excepción solucionaría el problema que tiene el colectivo de profesores, centros de enseñanza, bibliotecas e investigadores cuando quieren «cumplir con la ley» y se ven incapaces de localizar a los titulares de derechos sobre las obras que utilizan. Y, además, proporcionaría una fuente de ingresos importante a algunas entidades de gestión.”. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, pp. 65-66.

<sup>1051</sup> Enmienda núm. 5: “De modificación. Se propone la modificación del artículo 32 con el siguiente tenor: «Artículo 32. Cita e ilustración. [...] 2. Está igualmente exenta del derecho de reproducción, distribución y comunicación pública la utilización de obras protegidas realizada únicamente para la ilustración con fines educativos, de esfuerzo personal o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y se incluya el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible. [...]»”. Se presenta la siguiente justificación: “[...] En cuanto a la ilustración, la enmienda de acuerdo con la sugerencia del Consejo de Estado amplía el ámbito de la excepción al no limitarlo al profesorado de educación reglada ni que haya de ser utilizada en las aulas, ya que la Directiva no establece dichas limitaciones y, además, se posibilita la afectación de la educación no reglada pero cada vez más importante en el sistema educativo y la enseñanza «on-line».” BOCG, Senado, núm. II-53-c, de 21/04/2006, p. 23.

<sup>1052</sup> Enmienda núm. 46: “ De modificación. Se modifica el apartado segundo del artículo 32, que quedará redactado como sigue: «2. No necesitará autorización del autor los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras cuando tales actos tengan únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no lucrativa perseguida, siempre que se trate de obras ya



En definitiva, el texto del art. 32.2 fue hartamente debatido, tanto en las alegaciones ante el Gobierno como a lo largo de su tramitación parlamentaria. Respecto a ésta última cabe destacar, no obstante, que no se modifica ni una coma de la versión inicial del Proyecto de Ley.

---

divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.» A la enmienda citada la acompaña la siguiente justificación: “Uno de los problemas más evidentes en el ámbito de la docencia e investigación es la necesidad de poder efectuar determinados actos actualmente no permitidos sin autorización como son «comunicar» públicamente una obra a clase (una canción, una película, etc.). La directiva comunitaria permite esta excepción (art. 5.3 a) en términos mucho más amplios de los propuestos en el texto del Gobierno. De entrada limita al «profesorado», ignorando que los alumnos cada vez más han de exponer sus trabajos en clase y por tanto pueden necesitar también de realizar un acto de «comunicación pública» de alguna obra para ilustrar su trabajo. Recordemos que tanto la reforma educativa en la enseñanza secundaria como en los nuevos planes de estudio que se preparan a través de la declaración de Bolonia en ámbito universitario piden que cada vez más el alumno utilice mucho más las fuentes bibliográficas existentes en detrimento del sistema clásico de apuntes. Es necesario, pues, facilitar la utilización de estas obras. También encontramos que en el ámbito universitario imparten clases miembros del personal de administración y servicios (que no son propiamente profesorado pero que participan en el desarrollo de las clases): bibliotecarios, técnicos de laboratorio, técnicos de informática, etc. Que no quedarían amparados por el actual redactado. El redactado original hace mención a los «fragmentos» de obras, limitación que parece exagerada si tenemos presente que nos estamos refiriendo sólo al ámbito educativo. No quedaría cubierto con el redactado actual es el visionado completo en una clase de una película o un documental que ilustre un tema de estudio. El caso es aún más grave si hablamos de los documentales porque es claro que si se compra un documental en una institución docente es precisamente para verlo en clase. Igualmente pasa con la audición de obras en las clases de los conservatorios o en una clase de idiomas. Se exceptúan además los «libros de texto y manuales universitarios», lo que parece absurdo y fruto sólo de la presión del CEDRO. De entrada se hace difícil determinar que es un «manual». De acuerdo con la teoría biblioteconómica un manual es aquella obra de referencia que explica los principales aspectos de una materia determinada o que está diseñada de manera que facilita un acceso rápido a la información (presencia de sumarios, índices etc.). No obstante creemos que para los editores un manual es cualquier libro donde aparezca la palabra «manual» o cualquier libro general sobre una especialidad concreta. Es decir, la práctica totalidad de los documentos que se utilizan habitualmente en clase, con lo cual se anula la excepción. Las últimas frases del redactado «No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo» parecen dirigidas directamente a impedir que un profesor de arte enseñe a sus alumnos imágenes de las obras a estudiar. Nos podríamos preguntar entonces cómo se pretende que se haga clase. Pddo cada vez que se hace la misma? La aprobación de este artículo tal y como está redactado es un freno a la actividad docente porque si cada vez que se realiza fuese necesario solicitar la autorización correspondiente sencillamente se regresaría al sistema de apuntes.”, BOCG, Senado, núm. II-53-c, de 21/04/2006, pp. 39-40.

## 2 *Ámbito subjetivo de aplicación*

### 2.1 *Ámbito subjetivo de aplicación de las limitaciones docentes en el Derecho comparado*

Ya hemos comprobado que tanto en los textos comunitarios como en el Convenio de Berna la definición del ámbito subjetivo de aplicación de las limitaciones con fines de enseñanza viene dada por la *actividad* en sí: podrá acogerse al disfrute de la limitación todo aquel que realice actos de ilustración en la enseñanza. No se establece, en principio, restricción alguna en relación a las personas físicas que efectivamente llevan a cabo los actos contemplados por la limitación (profesorado, alumnos, etc...), ni al tipo de instituciones en las que debe desarrollarse la actividad de enseñanza. Decimos “en principio” porque respecto a este último punto recordemos que en las Actas de Estocolmo, al interpretarse el ámbito de aplicación del art. 10.2 del Convenio de Berna, se considera que sólo podrán beneficiarse de la limitación “las instituciones educativas y universitarias, escuelas municipales y estatales y escuelas privadas”<sup>1053</sup>, excluyéndose, por tanto, las actividades educativas impartidas en otros centros. De manera indirecta viene así a delimitarse el ámbito subjetivo de las utilidades amparadas por el art. 10.2<sup>1054</sup>.

En el Derecho comparado se han barajado diferentes opciones. Algunos países han adoptado en sus disposiciones internas expresiones similares a las contempladas en la DDASI o en el Convenio de Berna y no han introducido ningún límite subjetivo específico en sus limitaciones de enseñanza. Es el caso de Holanda<sup>1055</sup>, Luxemburgo<sup>1056</sup> o Malta<sup>1057</sup>.

Otros, como Estados Unidos, o, en Europa, Bélgica y Alemania, han optado por concretar los beneficiarios de las limitaciones por referencia al tipo de *instituciones educativas* en las que se pueden llevar a cabo los actos autorizados.

---

<sup>1053</sup> Cfr. Main Committee I, Report, Records of the Stockholm Conference, 1967, p. 1148.

<sup>1054</sup> *Vid.* supra Capítulo 2, apartado I.1.2.E, respecto a Berna, y apartado II.1.2.F, para la DDASI.

<sup>1055</sup> Art. 16, *Copyright Act 1912*.

<sup>1056</sup> Art. 10(1)2, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur*.

<sup>1057</sup> Sec. 9(1)h, *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

Así, por ejemplo, la sección 110(2) de la *Copyright Act* norteamericana, que regula la limitación educativa para la enseñanza a distancia<sup>1058</sup>, hace referencia a organismos gubernamentales e instituciones educativas acreditadas sin ánimo de lucro. Para la educación superior, se establece un sistema de acreditación, competencia del *Council on Higher Education Accreditation* o del *Department of Education* de los Estados Unidos. En el caso de la educación elemental o secundaria, automáticamente satisfacen el requisito de la acreditación las entidades reconocidas por los correspondientes procedimientos de certificación estatal o licencia. La acreditación se refiere a la institución, independientemente del tipo de cursos que imparta<sup>1059</sup>. Respecto al ánimo de lucro, éste es independiente de la naturaleza pública o privada del centro, basta que la institución educativa acreditada esté reconocida como entidad sin ánimo de lucro para que pueda beneficiarse de lo dispuesto en la §110(2).

En términos más generales se pronuncia el legislador alemán, al disponer que la sección 52a1) relativa a la comunicación al público con fines de ilustración en la enseñanza se aplica a la instrucción llevada a cabo en “escuelas, universidades, instituciones de enseñanza postsecundaria e instituciones de formación profesional no comercial”. Bélgica, que contempla diferentes limitaciones docentes dependiendo del derecho afectado<sup>1060</sup>, restringe la relativa a la puesta a disposición al público a los “establecimientos oficialmente reconocidos y organizados a fines de enseñanza e investigación por las autoridades públicas”<sup>1061</sup>, restricción que no aparece en el caso de las limitaciones al derecho de reproducción<sup>1062</sup>.

Otra posibilidad de delimitar el ámbito subjetivo de las limitaciones es por referencia a las “personas físicas” —profesores, alumnos e incluso terceros (p. ej. personal de administración)— que llevan a cabo las actividades educativas o, en su caso, el acto de explotación. Nueva

---

<sup>1058</sup> Para un análisis de la citada disposición, léase el apartado III.4 del presente Capítulo.

<sup>1059</sup> Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001 p. 9.

<sup>1060</sup> *Vid.* infra apartado III.2.

<sup>1061</sup> Art. 22 §1er, 4º quarter. Véase al respecto infra apartado III.2.2.B.

<sup>1062</sup> Art. 22 §1er, 4º bis y Art. 22 §1er, 4º ter, *vid.* infra apartado III.2.1.

Zelanda, aunque únicamente en relación con una de las varias limitaciones de enseñanza contempladas en la *Copyright Act*, restringe su ámbito subjetivo de aplicación al profesorado. Se trata de la §44(1) relativa a la copia reprográfica de una obra literaria, dramática, musical o artística, realizada para la preparación de las clases o para su uso en el aula o durante la actividad de instrucción. La letra c) de la sección citada requiere que la copia sea realizada por o en nombre de la persona que va a dar, o está dando, la clase, excluyendo a los alumnos del precepto<sup>1063</sup>. No obstante, la §44(2) sí autoriza a los alumnos a realizar reproducciones no reprográficas de la obra<sup>1064</sup>. Ambos apartados se refieren a supuestos de reproducción íntegra de la obra. En el caso de la reproducción parcial se exige que sea realizada por o en nombre de un establecimiento educativo<sup>1065</sup>, lo cual ha llevado a la doctrina a afirmar que los estudiantes quedan al margen de la excepción, a menos que realicen la copia en nombre del establecimiento<sup>1066</sup>. En todo caso, a los alumnos les resulta de aplicación la cláusula de *fair dealing* prevista precisamente para investigación o estudio privado<sup>1067</sup>. También los estudiantes resultan amparados por la limitación prevista en la §47 de la norma, referida a la ejecución pública.

## 2.2 Ámbito subjetivo de aplicación del art. 32.2 LPI

### A. Antecedentes

En España se “coqueteó” con varias de las opciones señaladas: la formulación de la limitación siguiendo el modelo de Berna o de la DDASI, sin hacer por tanto mención alguna al ámbito subjetivo de aplicación (Borrador de noviembre de 2002); la precisión del tipo de instituciones educativas en las que debería enmarcarse el acto de instrucción —“instituciones docentes integradas en el sistema educativo español”— (Borrador de noviembre de 2004); y, finalmente, la alusión

---

<sup>1063</sup> §44.1 *Copyright Act*, 1994.

<sup>1064</sup> §44.2 *Copyright Act*, 1994., cuya letra c) específicamente alude a “a person who is to receive, is receiving, or has received the lesson”.

<sup>1065</sup> §44.3 (c) *Copyright Act*, 1994.

<sup>1066</sup> A. KINGSBURY, «New Zealand», (2003), p. 183.

<sup>1067</sup> §43 *Copyright Act*, 1994.

al “profesorado de educación reglada” (Borrador de diciembre de 2004). Esta evolución fue sin duda debida a las presiones ejercidas por algunas asociaciones representativas de los titulares de derechos —y, muy en particular, del sector del libro—, en cuyo ánimo estaba precisar lo máximo posible el alcance de la limitación.

Tal y como hemos avanzado, en el primer Borrador se opta por seguir la propuesta de Berna y de la DDASI, es decir, no se hace mención expresa a los beneficiarios:

“no se necesitará autorización del autor cuando la utilización de obras protegidas se haga únicamente para la ilustración con fines educativos o de investigación científica...”

En la versión de noviembre de 2004, la delimitación de los beneficiarios se define por referencia a un tipo concreto de instituciones, a saber *las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español y aquellas otras que estatutariamente tengan finalidades investigadoras*. Tal giro es especialmente criticado. En primer lugar por su falta de claridad: además de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, ¿qué instituciones se beneficiarían de limitación? El principal temor era, en efecto, —y dado que en la propuesta la limitación abarcaba igualmente la investigación— que entidades investigadoras con fines claramente lucrativos pudieran acogerse a la limitación propuesta<sup>1068</sup>. Otros actores estimaron, sin embargo, que la delimitación

---

<sup>1068</sup> Léase, por ejemplo, el Escrito de alegaciones de CEDRO, de noviembre de 2004: “[...] tampoco queda claro el tipo de instituciones que se beneficiarían de estos límites además de las integradas en el sistema educativo español, puesto que al referirse a “[...] aquellas otras que estatutariamente tengan finalidades investigadoras [...]” podría pensarse que instituciones o fundaciones privadas con departamentos de I+D con clara finalidad lucrativa, podrían acogerse a este tipo de excepción. Entendemos que no es éste el objetivo de este artículo, y que por otra parte los centros públicos dedicados a la investigación ya están ampliamente cubiertos con las excepciones previstas en el art. 37.1 y 37.2 actual y el 37.3 que incluye el proyecto”. O el de la VEGAP: “El establecimiento de este límite no puede ser una puerta abierta que permita violentar el derecho exclusivo de los autores a autorizar o prohibir la reproducción o comunicación pública de sus obras por cualquier institución, sea ésta pública o privada, que bajo la excusa de desarrollar estatutariamente una finalidad investigadora, desarrolle unas actividades que perjudiquen a los autores en la normal explotación de sus obras y lesiones sus legítimos intereses. Ellos supondría el desprecio del Considerando 44 de la Directiva y la Contravención del apartado 5 del art. 5 de la Directiva.” Escrito de alegaciones de noviembre de 2004.

de los beneficiarios contemplada en el texto era demasiado restrictiva, al no quedar amparadas por la excepción actividades educativas impartidas por entidades al margen del sistema educativo. A lo largo del trámite de alegaciones ante el Gobierno se propusieron las siguientes alternativas:

- Introducir una referencia expresa al *profesorado de educación reglada* (CEDRO<sup>1069</sup> y VEGAP<sup>1070</sup>) o, sin referirse expresamente al profesorado, al ámbito de la educación reglada (FGE<sup>1071</sup>). Tal referencia llevaba aparejada la eliminación del fin de investigación.

---

También la Asociación de Revistas de Información (ARI) estima que “la amplitud e indefinición de esta segunda categoría es en exceso abierta e indefinida pudiendo “colarse” todo tipo de organizaciones con el sólo requisito de incorporar a su objeto social uno referido a la investigación científica, con independencia de que la intensidad efectiva de esa actividad sea nula. En este sentido, algunas empresas que se dedican a elaborar resúmenes de prensa han alegado que dichos productos son resultado de su labor de investigación y que así lo tienen reconocido en sus propios estatutos. Estamos convencidos de que la intención perseguida por el Borrador y la correcta interpretación de la nueva norma está muy lejos de dar cobertura a semejantes actos, a pesar de lo cual la letra del nuevo precepto podría ofrecer suficiente espacio para que esas empresas buscaran en su literalidad apoyo a su tesis.” Como corolario la entidad propone el siguiente giro: “No necesitarán autorización del autor, las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, ni aquellas otras que estatutoriamente tengan la investigación científica como finalidad principal”; en Escrito de alegaciones de ARI, de 19 de Noviembre de 2004.

<sup>1069</sup> Escrito de alegaciones de CEDRO de noviembre de 2004.

<sup>1070</sup> Nótese que la VEGAP, al defender la referencia al profesorado de educación reglada y eliminar la alusión al sistema educativo español, concluye que se supera toda interpretación discriminatoria en relación con el “profesorado que pertenece a instituciones de la misma naturaleza y que nada tienen que ver con el sistema educativo español, en respeto del artículo 12 (antes 6) del vigente Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y de acuerdo todo ello con nuestra Constitución (arts. 16, 20 a) y c) y 27)”. Escrito de alegaciones de noviembre de 2004.

<sup>1071</sup> En su propuesta subsidiaria a la supresión de la limitación, la FGE sugiere sustituir la referencia a las “instituciones docentes...”, por la expresión “siempre que se haga en el ámbito de la educación reglada”. En opinión de la FGE, la limitación “tal y como está redactada, se atribuye el derecho de reproducción a las instituciones, cuando el derecho de cita es un derecho personal, que corresponde al profesor o docente, que es quien elige la cita y decide su uso, nunca a la institución en la que trabaja. Dada la práctica habitual de los centros docentes, esta mención expresa puede convertirse en una suerte de patente de corso, con gravísimos perjuicios económicos para autores y editores”; en Escrito de alegaciones de la FGE de noviembre de 2004.

- Especificar que las entidades de carácter no docente deberían tener la investigación científica como finalidad principal (Asociación de Revistas de la Información - ARI<sup>1072</sup>).
- Ampliar la limitación a todas las instituciones docentes, al entender que “no sólo en el sistema educativo hay organizaciones que tienen como misión difundir la cultura y el arte, o la investigación científica y docencia” (Hispalinux)<sup>1073</sup>.
- Evitar una referencia explícita a las entidades beneficiarias. Tal y como propone la SGAE (opción B) con carácter subsidiario a la supresión del art. 32.2 (opción A)<sup>1074</sup>.

El Gobierno se decanta por la primera de las opciones y, finalmente, en la versión de diciembre de 2004 introduce la referencia al profesorado de educación reglada. Como ya hemos mencionado, tal opción es duramente criticada por el Consejo de Estado:

“El anteproyecto limita la excepción —más allá de la normativa comunitaria— al profesorado de educación reglada, restricción que no comparte este Consejo de Estado; dada la importancia que la educación no reglada ostenta en la actualidad no sólo por los sectores que abarca (formación continua de trabajadores y empresarios, formación de candidatos al funcionariado y continua del funcionariado, idiomas, música), sino por su importancia, reconocida entre otras organizaciones por la propia UNESCO.”

---

<sup>1072</sup> Cfr. Escrito de alegaciones de ARI, de 19 de Noviembre de 2004.

<sup>1073</sup> Escrito de alegaciones al Borrador de noviembre de 2004.

<sup>1074</sup> Anexo de propuestas presentado por la SGAE al borrador de noviembre de 2004. El razonamiento esgrimido por la entidad de gestión no está exento de interés: “al establecer la excepción en beneficio de instituciones docentes del sistema educativo español, resultan discriminadas otras instituciones de la misma naturaleza que nada tienen que ver con ese sistema. Al propio tiempo y desde una perspectiva más general, también quedan afectadas indirectamente algunas de las libertades públicas reconocidas en la Constitución (artículo 16, 20. a) y c), y 27) y se pone en cuestión el principio de no discriminación del artículo 12 (antes 6) del vigente Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En segundo término contrasta esta redacción tan restrictiva de los beneficiarios de la excepción con la amplitud bajo la que está concebida la que se otorga a la investigación científica, respecto de la cual sólo se habla de “aquellas otras (instituciones) que estatutariamente tengan finalidades investigadoras”, lo que resulta demasiado vago y permitiría a cualquier empresa amparar en ella las actividades editoras y de publicidad de, por ejemplo, sus departamentos de I+D mediante la simple “personificación” de los mismos como asociaciones o fundaciones no lucrativas”.

A lo largo de la tramitación parlamentaria diversos grupos se pronuncian sobre el ámbito subjetivo de la excepción. En el Congreso, proponen eliminar toda alusión al profesorado de educación reglada el Grupo Parlamentario Mixto (enmienda núm. 5)<sup>1075</sup>, el Grupo Parlamentario Vasco (enmienda núm. 23)<sup>1076</sup>, el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Els Verds (enmienda núm. 38)<sup>1077</sup>, el Grupo Parlamentario Catalán (enmienda núm. 92)<sup>1078</sup>, y el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (enmienda núm. 132)<sup>1079</sup>. Por el contrario, no propone modificación alguna respecto al ámbito subjetivo de aplicación el Grupo Parlamentario Popular. Las enmiendas propuestas en el Senado se manifiestan en la misma línea. Así la núm. 5 presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos<sup>1080</sup> y la núm. 46 presentada por el Grupo Parlamentario de Entesa Catalana de Progrés<sup>1081</sup>. Nótese que el tenor de las enmiendas citadas se corresponde con el modelo de cláusula general utilizado en Berna y en la DDASI. Todas ellas se perfilan en términos muy amplios: ni se propone la referencia a las instituciones docentes del sistema educativo español ni, por otro lado, se pretende restringir la limitación al profesorado. La defensa de la supresión del término profesorado de educación reglada la sostienen las citadas representaciones suscribiendo las opiniones del Consejo de Estado, insistiendo, en consecuencia, en que la DDASI no incluye tal limitación y subrayando que así se conseguiría extender la limitación a la educación no reglada cada vez más importante en el sistema educativo. Argumentaciones similares fueron esgrimidas por la Federación de Consumidores en Acción (FACUA) y FESABID con motivo de su comparecencia ante la Comisión de Cultura del Congreso<sup>1082</sup>.

---

<sup>1075</sup> Reproducida *ut supra* nota 1045.

<sup>1076</sup> *Vid. supra* nota 1046.

<sup>1077</sup> Consúltese nota 1047

<sup>1078</sup> *Vid. supra* nota 1050.

<sup>1079</sup> Arriba, en nota 1048.

<sup>1080</sup> Anteriormente reproducida en nota 1051.

<sup>1081</sup> En nota 1051.

<sup>1082</sup> DS, Congreso de los Diputados, núm. 393, de 18/10/2005, pp. 30 y 35.



## B. Derecho vigente

Pese a la resistencia de las agrupaciones citadas no se modifica ni una coma de lo propuesto en el Proyecto. La limitación contemplada en el art. 32.2 de la LPI sólo resultará aplicable, por tanto, al “profesorado de educación reglada”. En las páginas que siguen nos dedicaremos al análisis de esta expresión. Procederemos por partes. Introduciremos en primer lugar algunas observaciones respecto a la restricción relativa al profesorado (b1). Posteriormente nos referiremos al concepto de educación reglada y a algunas de los interrogantes que plantea (b2). Y, finalmente, destinaremos un par de párrafos a algunas de las cuestiones adicionales que suscita la interpretación conjunta de ambos términos: profesorado + educación reglada (b3).

### *b1 El profesorado...*

Siguiendo el tenor literal del precepto estudiado, los únicos beneficiarios de la limitación serán el profesorado, y, no, por tanto, los alumnos<sup>1083</sup>. Como hemos comentado, también en la normativa neozelandesa una de las limitaciones con fines docentes se restringe al profesorado y se deja a los estudiantes fuera del alcance de la limitación, aunque en este caso se contemplan otras limitaciones que facilitan tanto la reproducción como la ejecución pública llevada a cabo por los alumnos<sup>1084</sup>.

Consideramos que la restricción subjetiva contemplada en el texto español carece de sentido<sup>1085</sup>, especialmente en lo que se refiere a las enseñanzas universitarias, en las que los alumnos, y los trabajos que éstos realizan y exponen, toman cada vez mayor protagonismo. Más allá de una mera opción pedagógica, el nuevo papel del alumnado viene exigido por la implementación de las directrices de la Comunidad

---

<sup>1083</sup> R. BERCOVITZ, en «Los derechos de autor y los límites...», (2006), pp. 57-58. M. A. BOUZA, entiende que «aunque le precepto se refiere únicamente al profesorado, también nos parece posible que los actos sean realizados por los propios alumnos», sin embargo no ofrece el autor justificación alguna para tal afirmación; en I. ESPÍN/ M. A. BOUZA, «Ley por la que se modifica...», (2006), p. 439.

<sup>1084</sup> *Vid. supra.* apartado II.2.1.

<sup>1085</sup> Para R. BERCOVITZ, la expulsión de los alumnos del precepto «ciertamente resulta sorprendente»; en «Los derechos de autor y los límites...», (2006), pp. 57-58.

Europea para la construcción del Espacio Europeo de Educación Superior<sup>1086</sup>, que han motivado la introducción de importantes reformas en nuestro sistema de enseñanza superior mediante la implementación de nuevas normas que adecuan nuestro sistema educativo a las propuestas de la Comunidad. Una de estas normas es el *Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional*, en cuyo Preámbulo se lee:

“La adopción de este sistema (el sistema europeo de créditos) constituye una reformulación conceptual de la organización del currículo de la educación superior mediante su adaptación a los nuevos modelos de formación *centrados en el trabajo del estudiante*. Esta medida del haber académico comporta un nuevo modelo educativo que ha de orientar las programaciones y las metodologías docentes *centrándolas en el aprendizaje de los estudiantes, no exclusivamente en las horas lectivas*.”

Así, en la definición de los créditos como unidad de valoración de las enseñanzas, se ha pasado de la cuantificación por referencia a la carga lectiva<sup>1087</sup> a la cuantificación en relación con la cantidad de trabajo del estudiante<sup>1088</sup>. El modelo europeo implica, pues, una modificación de

---

<sup>1086</sup> Más información en la página web del Ministerio de Cultura <http://www.mec.es/universidades/ees/index.html>.

<sup>1087</sup> Art. 2.7 Real Decreto 1497/1987, de 27 de Noviembre, por el que se Establecen Directrices Generales Comunes de los Planes de Estudio de los Títulos Universitarios de Carácter Oficial y Validez en Todo el Territorio Nacional, según redacción dada por Real Decreto 1267/1994, de 10 junio.

<sup>1088</sup> De acuerdo con lo dispuesto por el art. 3 Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, el crédito europeo “es la unidad de medida del haber académico que representa la cantidad de trabajo del estudiante para cumplir los objetivos del programa de estudios y que se obtiene por la superación de cada una de las materias que integran los planes de estudios de las diversas enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional. En esta unidad de medida se integran las enseñanzas teóricas y prácticas, así como otras actividades académicas dirigidas, con inclusión de las horas de estudio y de trabajo que el estudiante debe realizar para alcanzar los objetivos formativos propios de cada una de las materias del correspondiente plan de estudios.” Y el art. 4.3 del Real Decreto continúa: “En la asignación [...] deberán estar comprendidas las

los roles tradicionales de profesor y estudiante. A éste último se le exigirá una mayor autonomía y “proactividad” que necesariamente parece conducir a su mayor participación en el aula (y fuera de ella). Es más que probable, por tanto, que el alumno tenga que acudir a la utilización de obras protegidas para la ilustración de sus trabajos y su aprendizaje.

El papel protagonista del alumno en el proceso de enseñanza, no es, sin embargo, reconocido en el art. 32.2 de la LPI. Ello es objeto de denuncia por el representante de Esquerra Republicana en el Congreso<sup>1089</sup>:

“[El art. 3.2.2 d]e entrada [se] limita al «profesorado», ignorando que los alumnos cada vez más han de exponer sus trabajos en clase y por tanto pueden necesitar también de realizar un acto de «comunicación pública» de alguna obra para ilustrar su trabajo. Recordemos que tanto la reforma educativa en la enseñanza secundaria como en los nuevos planes de estudio que se preparan a través de la declaración de Bolonya en ámbito universitario piden que cada vez más el alumno utilice mucho más las fuentes bibliográficas existentes en detrimento del sistema clásico de apuntes.”

A continuación el ponente se refiere a otros miembros de la comunidad educativa: “También encontramos que en el ámbito universitario imparten clases miembros del personal de administración y servicios (que no son propiamente profesorado pero que participan en el desarrollo de las clases): bibliotecarios, técnicos de laboratorio, técnicos de informática, etc. que no quedarían amparados por el actual redactado.”

A la luz de lo expuesto, y ateniéndonos al tenor del art. 32.2 LPI, los alumnos —excepto en los casos en los que la utilización de la obras pueda realizarse a título de cita (*vid. infra* apartado IV)— no podrán utilizar obras protegidas en las aulas si no es con la debida autorización

---

horas correspondientes a las clases lectivas, teóricas o prácticas, las horas de estudio, las dedicadas a la realización de seminarios, trabajos, prácticas o proyectos, y las exigidas para la preparación y realización de los exámenes y pruebas de evaluación.”

<sup>1089</sup> Cfr. justificación a la Enmienda 132 en el Congreso y la 46, presentada por el Grupo Parlamentario Entesa en el Senado, reproducidas íntegramente *ut supra*, en notas 1048 y 1052 respectivamente.

de los titulares de derechos. El legislador ha hecho caso omiso de las exigencias de los “nuevos modelos educativos” que él mismo está implantando.

También podría interpretarse que queda al margen del precepto, como nos advierte el representante de Esquerra Republicana, el personal de administración y servicios que participe en el desarrollo de las clases. Esta observación merece algunos matices que, no obstante, introduciremos al final de este apartado (*vid. infra* b.3).

Finalmente, ha de valorarse si *todos* los actos de explotación han de ser necesariamente realizados por el profesorado que lleve a cabo la ilustración de las actividades educativas o pueden ser llevados a cabo por un tercero que, por encargo del profesorado, facilite, p. ej., la reproducción. En principio entendemos que no puede exigírsele al profesorado que tenga a su disposición todos los medios técnicos necesarios para proceder al acto de explotación —la fotocopidora para la reproducción de obras literarias en formato impreso, el escáner para la digitalización de imágenes o los instrumentos requeridos para la grabación de obras sonoras o visuales—. Una interpretación estricta y literal del precepto —se exime de la autorización al “profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública”— parece desechar la intervención mediada de un tercero que facilite la ulterior explotación de las obras por el profesorado. Pero ello imposibilitaría la consecución de los objetivos perseguidos por la limitación y restringiría de manera inadecuada los actos que efectivamente pudieran llevarse a cabo con fines de ilustración de las actividades educativas. De ahí que nos decantemos a favor de una interpretación finalista, que permita la intervención técnica y mediada de un tercero —sea o no éste miembro de la institución educativa— que actúe *en nombre o por encargo* del profesorado. En todo caso, la explotación llevada a cabo por el tercero deberá carecer de fines lucrativos, de modo que tratándose de una explotación comercial resulta necesario recabar la correspondiente licencia —p. ej. en el caso de las tiendas de copistería sitas en determinados establecimientos educativos—. Así lo exige tanto la cláusula general incorporada en el art. 32.2 —“en la medida justificada

por la *finalidad no comercial perseguida*”, *vid. infra* apartado 7—, como la aplicación del test en tres pasos. Recordemos, además, que en relación con este punto ya la Exposición de Motivos de la Propuesta Inicial de la DDASI se leía que “en cualquier caso, sólo la parte del uso que esté justificada por su finalidad no lucrativa puede quedar exenta del derecho exclusivo”<sup>1090</sup>.

### *b2... de Educación reglada*

No todos los profesores podrán beneficiarse de la excepción. La limitación contemplada en el Derecho español exige que se trate del profesorado de “educación reglada”. Entendemos por educación reglada el conjunto de enseñanzas que integran nuestro sistema educativo, tal y como viene regulado por la *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación* y la correspondiente normativa de desarrollo. De acuerdo con el art. 3.2 de la citada norma son enseñanzas del sistema educativo: la educación infantil, la educación primaria, la educación secundaria obligatoria, el bachillerato, la formación profesional inicial, las enseñanzas oficiales de idiomas, artísticas y deportivas, la educación de personas adultas y la enseñanza universitaria. Los apartados 3 y ss. del mismo artículo clarifican la estructura del sistema educativo. La *enseñanza básica* comprende la educación primaria y la educación secundaria obligatoria. La *educación secundaria posobligatoria* la constituyen el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio. La *educación superior* se refiere a la enseñanza universitaria, las enseñanzas artísticas superiores, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior y las enseñanzas deportivas de grado superior. Finalmente se establece que tendrán la consideración de *enseñanzas de régimen especial* las enseñanzas (oficiales) de idiomas, las artísticas y las deportivas.

La educación reglada sólo puede impartirse por determinados centros, públicos o, en aplicación de la libertad de creación de centros docentes

---

<sup>1090</sup> PIDDASI, EdM, p. 36.

garantizada por nuestra Constitución<sup>1091</sup>, privados. La creación de centros docentes de carácter privado está sujeta a un régimen de autorización administrativa<sup>1092</sup> o, en el caso de las Universidades privadas, a la Ley de reconocimiento correspondiente<sup>1093</sup>. En este punto y en coherencia con lo dispuesto por el Considerando 42 de la DDASI<sup>1094</sup>, el legislador español, al referirse a la enseñanza reglada, elude condicionar la aplicación de la limitación a la estructura institucional o a los medios de financiación de los beneficiarios. Para determinar si las actividades educativas impartidas en el marco de la enseñanza reglada por una determinada institución caen o no dentro del ámbito de aplicación del precepto, habrá de examinarse si la actividad en concreto persigue o no una finalidad comercial<sup>1095</sup>. Concurriendo ésta, las utilizaciones de obras protegidas requerirán la correspondiente autorización.

M. C. NUÑEZ ZORRILLA, en su monografía *El contrato de enseñanza no reglada*<sup>1096</sup>, apunta las principales características de las enseñanzas regladas y no regladas. La autora concluye, entre otros rasgos comunes a las enseñanzas regladas, el estar dotadas de un currículo cuyos elementos son prefijados por el gobierno y conducir directamente a la

---

<sup>1091</sup> Art. 27.6 Constitución Española “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.” Léase también el art. 21 Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, sobre la titularidad de los centros privados, los arts. 3 y ss. de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

<sup>1092</sup> Art. 23 Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación.

<sup>1093</sup> Art. 4 y ss. Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

<sup>1094</sup> Recordemos que el Considerado 42 dispone que: “al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto. “

<sup>1095</sup> *Vid.* infra apartado 7, donde analizar la referencia incorporada en la cláusula general del precepto relativa a la finalidad no comercial nos remitimos a lo expuesto en el análisis de la DDASI, supra Capítulo II, apartado II.1.2.E1.

<sup>1096</sup> M<sup>a</sup> C. NUÑEZ ZORRILLA, *El contrato de enseñanza no reglada*, (2006). Al libro, editado por Dykinson, hemos accedido a través de la base de datos Vlex. Al no referenciarse las páginas, en las citas que hagamos de aquí en adelante indicaremos el Capítulo correspondiente y el ID que Vlex le ha asignado.

obtención de títulos con validez oficial en todo el territorio español<sup>1097</sup>. Por el contrario, respecto a las enseñanzas no regladas ni se ha fijado un currículum o una programación de la docencia para todas y cada una de las modalidades que éstas presentan, ni conducen a la obtención de títulos con validez académica oficial, sin perjuicio de que los diplomas, acreditaciones o certificados obtenidos en virtud de las mismas puedan ser posteriormente homologados<sup>1098</sup>. Siguiendo a la autora, cabría afirmar que cada grupo de enseñanzas regladas culmina con la obtención de un certificado o título oficial válido en todo el territorio español. Esta regla general no está exenta de matices. Si bien ningún obstáculo se interpone a la afirmación de que todas las enseñanzas conducentes a un “título académico de validez oficial” tienen cabida en el concepto de “enseñanza reglada” —y, por tanto, en el ámbito de la limitación a la propiedad intelectual que estamos estudiando—, hay casos fronterizos en los que no está claro si la educación conducente a un “título no oficial” o a un “título oficial pero no expedido por la Administración educativa” se corresponde o no con el concepto de enseñanza reglada. Ello tiene relevancia a efectos de determinar si el profesorado que imparte clases en tales enseñanzas puede beneficiarse o no del art. 32.2 LPI. Estamos pensando en diferentes tipos de enseñanzas impartidas en las

---

<sup>1097</sup> Además de los citados, la autora identifica otros rasgos comunes. Así: «[a] Estar moldeadas en su desarrollo por una serie de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres, alumnos y profesores [...] que perfilan y limitan la actividad educativa, convirtiéndola así en una educación de calidad. [b] La exigencia a los docentes de una cualificación o titulación determinada para poder impartirlas [...] [c] Los centros docentes deben reunir para su adecuado funcionamiento, unos requisitos mínimos relativos a las condiciones de apertura, denominaciones, inscripción, relación numérica alumno-profesor, instalaciones y número de puestos escolares [...], y en su caso, órganos de gobierno [...] [d] Estar sometidas a la Alta Inspección del Estado, que tiene como principal competencia comprobar que las enseñanzas comunes se imparten con observancia de lo dispuesto por el ordenamiento estatal [...]» En M. C. NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de enseñanza no reglada*, (2006), Capítulo 2 Marco conceptual de la enseñanza reglada, id. Vlex <http://vlex.com/vid/334787>.

<sup>1098</sup> Otras características serían que no existe un enunciado genérico de los derechos y deberes específicos que corresponden a profesores, padres y alumnos; que no siempre se exige una cualificación determinada al personal docente; que no existe una regulación estatal en materia de requisitos exigibles a los centros; o que a nivel estatal no se contempla una labor inspectora del Ministerio de Educación que abarque a toda la enseñanza no reglada en general. En M<sup>a</sup> C. NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de enseñanza no reglada*, (2006), Capítulo 2 Marco conceptual de la enseñanza reglada, id. Vlex <http://vlex.com/vid/334787>.

universidades o en algunos de los títulos expedidos por los centros de formación profesional.

Detengámonos primero en el caso de las universidades. Como veremos a continuación, en las universidades, además de las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos con validez en todo el territorio español, se imparten otras enseñanzas que no conducen a la obtención de las citadas titulaciones, por lo que cabe preguntarse si el profesorado que participa en las mismas puede acogerse a lo previsto en el art. 32.2 LPI. En los párrafos que siguen estudiaremos, en primer lugar, la posible aplicación del precepto a los títulos propios de Grados y Posgrado, respecto a los que, avanzamos, sí debe resultar aplicable la limitación. Posteriormente comprobaremos si tal conclusión puede extenderse a todo tipo de enseñanzas universitarias, desde las conducentes a la obtención de “otros títulos propios” reconocidos por las correspondientes universidades a las que no conducen a la obtención de ningún tipo de titulación —p. ej., las enseñanzas no oficiales de idiomas—.

El art. 37 de la *Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades* dispone que las enseñanzas universitarias se estructuran en tres ciclos: Grado, Máster y Doctorado, declarando a continuación que la superación de tales enseñanzas dará derecho a la obtención de los títulos oficiales correspondientes. Además, el art. 2 de la citada norma, al referirse al principio de autonomía universitaria, dispone que ésta comprende la expedición de los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional y de sus diplomas y títulos propios, (art. 2.2 g)). Los títulos propios, de acuerdo con lo previsto en el art. 2 *Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de Grado*, carecen de los efectos legales que las disposiciones legales otorgan a los títulos oficiales<sup>1099</sup>.

---

<sup>1099</sup> Extremo en el que incide el art. 3.2 de la norma: “Los diplomas y títulos propios serán expedidos por el rector en nombre de la universidad y tanto su denominación como el texto y formato en que se confeccionen no deberán inducir a confusión con los oficiales. En dichos títulos deberá hacerse mención expresa de que carecen de carácter oficial.”



Las universidades españolas podrán, por tanto, impartir estudios de grado y máster que conduzcan a la obtención de títulos oficiales o no oficiales (títulos propios). Pero, ¿las enseñanzas universitarias conducentes a los títulos de grado o máster no oficiales forman parte del concepto de educación reglada? La respuesta no es evidente. De hecho si nos detenemos en la lectura de los Estatutos de diferentes universidades, podemos constatar que mientras algunos incluyen sus títulos propios entre la enseñanza reglada<sup>1100</sup>, otros se pronuncian en sentido contrario<sup>1101</sup>.

Una interpretación estricta del concepto de enseñanza reglada, apuntaría en sentido negativo: las enseñanzas universitarias no oficiales *no* se consideran enseñanza reglada a efectos de lo dispuesto en el art. 32.2. Sin perjuicio de la mencionada referencia a la oficialidad, uno de los argumentos que podría sostener esta interpretación podría basarse en el diferente régimen económico de unos y otros títulos. Los títulos universitarios oficiales impartidos por universidades públicas están sujetos a un sistema de precios públicos fijados por las Comunidades Autónomas dentro de los límites que establezca el Consejo de Coordinación Universitaria<sup>1102</sup>, mientras que los precios de las

---

<sup>1100</sup> Especialmente ilustrativos son los Estatutos de la Universidad de Cádiz, que en su artículo 159.2 disponen: "Las enseñanzas de la Universidad pueden ser de carácter reglado, que se impartirán de acuerdo con un plan de estudios y estarán orientadas a la obtención de un título, y de carácter no reglado." A continuación el art. 160 clasifica las enseñanzas regladas en función de su titulación, distinguiendo entre enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales reconocidos u homologados y enseñanzas conducentes a la obtención de títulos propios. Respecto a las enseñanzas no regladas el artículo 162 se limita a reconocer que "La Universidad de Cádiz podrá organizar enseñanzas de carácter no reglado cuya naturaleza y contenido deberán estar orientados hacia la especialización, actualización y perfeccionamiento profesional, científico o artístico y a la formación a lo largo de toda la vida." Estatutos de la Universidad de Cádiz, aprobados por *Decreto 281/2003, de 7 de octubre, y modificados por el Decreto de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2/2005, de 11 de enero, por el que se aprueba la modificación de los Estatutos de la Universidad de Cádiz.*

<sup>1101</sup> Así, la Universidad Rey Juan Carlos. Cfr. art. 172 de sus Estatutos: "Artículo 172. Tipos de enseñanza 1. Las enseñanzas de la Universidad pueden ser de carácter reglado, que se impartirán de acuerdo con un plan de estudios y estarán orientadas a la obtención de un título oficial y con validez en todo el territorio nacional, y de carácter no reglado." *Decreto 22/2003, de 27 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos, de Madrid.*

<sup>1102</sup> Cfr. art. 81.3 b) Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

enseñanzas propias son fijados por el Consejo Social de cada universidad<sup>1103</sup>. Además, siguiendo con las universidades públicas y tratándose de títulos propios, la dedicación del profesorado de universidad en las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos propios es, generalmente, voluntaria y la remuneración —dentro de los límites fijados por la propia universidad— a mayores. Lo que implica que, en cierto sentido, no las universidades, pero sí los profesores están recibiendo cierto beneficio económico.

Por otro lado, una interpretación extensiva del concepto de enseñanza reglada contemplado en el precepto de la LPI permitiría dar cabida en el mismo a las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos propios de las universidades, en particular, los estudios de grado y posgrado. A favor de esta segunda interpretación juega el hecho de que, como los títulos oficiales, los títulos propios de grado y posgrado están sujetos a una estricta regulación —aunque no venga prefijada por el gobierno— y a una inspección y un control de calidad; y ello porque, como el resto de las enseñanzas universitarias reguladas a las que se refiere el art. 37 de la Ley 6/2001, constituyen una concreción del servicio público de la educación, exigido por el art. 27 de nuestra Constitución.

Consideramos que ésta es la interpretación más acertada y coherente con la configuración del régimen jurídico de la Universidad española, aunque cierto es que, inexorablemente, plantea otra incógnita. Hasta dónde puede extenderse el concepto de educación reglada: ¿ampara las enseñanzas conducentes a todo tipo de títulos, incluso aquellos que no se corresponden con los de grado y posgrado?, ¿y las impartidas en seminarios o en la “universidad de verano”?, ¿los cursos de idiomas?... Una opción razonable puede ser limitar el alcance de la educación reglada (universitaria) a las actividades que den lugar a la obtención de un título *reconocido* por la universidad —y, por tanto, sujeto a la correspondiente regulación y control— o que permitan, porque así lo ha autorizado el órgano competente, la obtención de créditos reconocidos para su convalidación en enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales o propios. El resto de las actividades educativas que, además, no son monopolio exclusivo de la Universidad —p. ej. los cursos

---

<sup>1103</sup> Art. 81.3 b) Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

de idiomas no oficiales, los ciclos de conferencias, etc...—, quedarán fuera del concepto de educación reglada y, a todas luces, de la aplicación de la excepción establecida en el art. 32.2 LPI.

Nótese que los intérpretes del Derecho, y, más importante, los usuarios se ahorrarían no pocos quebraderos de cabeza, si en lugar de referirse al profesorado de educación reglada —y siguiendo lo propuesto en el Borrador de noviembre de 2004—, el art. 32.2 hubiera contemplado una mera referencia a las instituciones del sistema educativo<sup>1104</sup>, aunque, eso sí, se hubiera ampliado considerablemente el ámbito subjetivo de la limitación.

Otro ejemplo que puede dar lugar a discusión se presenta en el ámbito de la formación profesional. Nuestro sistema de formación profesional distingue entre la formación profesional inicial (formación profesional reglada o “del sistema educativo”), las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores (formación ocupacional) y las orientadas a la formación continua en las empresas, (formación continua)<sup>1105</sup>. Sólo la formación profesional inicial se considera enseñanza reglada en tanto forma parte de nuestro sistema educativo. Sin embargo también la formación ocupacional y la continua pueden conducir a la obtención de títulos de carácter oficial: los denominados certificados profesionales<sup>1106</sup>, que, cierto es, no son expedidos por las

---

<sup>1104</sup> Tal y como sucede en el caso de los arts 37.2 y 37.3 LPI.

<sup>1105</sup> Léase la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

<sup>1106</sup> Cfr. Art. 8 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional:

“1. Los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad tienen carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, son expedidos por las Administraciones competentes y tendrán los efectos que le correspondan con arreglo a la normativa de la Unión Europea relativa al sistema general de reconocimiento de la formación profesional en los Estados miembros de la Unión Europea y demás Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Dichos títulos y certificados acreditan las correspondientes cualificaciones profesionales a quienes los hayan obtenido, y en su caso, surten los correspondientes efectos académicos según la legislación aplicable.

2. La evaluación y la acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, tendrá como referente el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y se desarrollará siguiendo en todo caso criterios que garanticen la fiabilidad, objetividad y rigor técnico de la evaluación.

Administraciones educativas sino por la Administración laboral. Gracias a la estructura modular a la que responde la formación profesional y a los diversos procesos de convalidación, es factible tanto la obtención de certificados profesionales a partir de la enseñanza reglada, como la obtención de los correspondientes títulos de formación profesional reglada a partir de enseñanzas de formación ocupacional y continua. Es más, las enseñanzas de formación profesional reglada se imparten en los centros públicos y privados autorizados por la Administración educativa competente, pero también en los centros integrados y de referencia nacional regulados en el *Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, por el que se regulan los requisitos básicos de los Centros integrados de formación profesional*, en los que, se imparten los tres subsistemas de formación profesional. Recordemos que la última norma citada establece en su art. 3 que

“los Centros integrados de formación profesional incluirán en sus acciones formativas las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores y las de formación permanente dirigidas a la población trabajadora ocupada. Las Administraciones públicas garantizarán la coordinación de las ofertas formativas con objeto de dar respuesta a las necesidades de cualificación de los diferentes colectivos.”

Si entendemos que sólo la formación inicial es “formación profesional del sistema educativo” no podemos más que concluir que sólo el profesorado de los cursos de formación profesional inicial (sea ésta de grado medio o superior) podría beneficiarse del ejercicio de la excepción contemplada en el art. 32.2 LPI, lo cual resulta extraño —toda vez que el sistema de formación profesional tiende a la integración de

---

3. El reconocimiento de las competencias profesionales así evaluadas, cuando no completen las cualificaciones recogidas en algún título de formación profesional o certificado de profesionalidad, se realizará a través de una acreditación parcial acumulable con la finalidad, en su caso, de completar la formación conducente a la obtención del correspondiente título o certificado.

4. El Gobierno, previa consulta al Consejo General de la Formación Profesional, fijará los requisitos y procedimientos para la evaluación y acreditación de las competencias, así como los efectos de las mismas.”

los tres subsistemas<sup>1107</sup>—y artificial —al poder obtenerse los títulos de educación reglada a partir de una estructura modular—<sup>1108</sup>.

En todo caso, más allá de las cuestiones planteadas, no hay duda de que la disposición que estamos estudiando no se aplica a la denominada “educación no formal”<sup>1109</sup>. En el ámbito de la enseñanza no formal nos encontramos, a título meramente ilustrativo, con las enseñanzas y formación en idiomas que no tengan carácter oficial, la preparación de oposiciones, los cursos impartidos en escuelas de negocio, y, probablemente, con las enseñanzas conducentes a títulos de formación ocupacional y continua o, siguiendo la interpretación propuesta, las actividades educativas extracurriculares organizadas por las universidades.

Suscribimos las opiniones del Consejo de Estado y de otras voces que, a lo largo del proceso de tramitación de la norma, fueron especialmente críticas respecto al trato discriminatorio que el legislador ha otorgado a las enseñanzas no regladas. Lo consideramos anacrónico al hacer efectivamente caso omiso de la relevancia que la enseñanza no reglada

---

<sup>1107</sup> M. BARRIGÜETE, De la Educación para el Trabajo a la Formación para el Empleo en el Tercer Sector, Memoria presentada para optar al Grado de Doctor, (2003), accesible en <http://www.ucm.es/BUCM/tesis/edu/ucm-t26871.pdf>.

<sup>1108</sup> *Vid.* Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.

<sup>1109</sup> En términos no estrictamente jurídicos la enseñanza reglada se suele equipar a la educación formal, por contraposición a otros procesos educativos como los de educación no formal o educación informal. La educación no formal se refiere a «las actividades educativas organizadas por regla general fuera del sistema educativo formal. En diferentes contextos, la educación no formal abarca las actividades educativas destinadas a la alfabetización de los adultos, la educación básica de los niños y jóvenes sin escolarizar, la adquisición de competencias necesarias para la vida diaria y competencias profesionales, y la cultura general. Estas actividades suelen tener objetivos de aprendizaje claros, pero varían en función de su duración, de su estructura organizativa y del hecho de que confieran o no una certificación de las adquisiciones del aprendizaje.» El término educación informal alude al «aprendizaje que se efectúa en la vida diaria sin objetivos claramente establecidos. Esta expresión se refiere a un proceso permanente en el que cada persona adquiere actitudes, valores, competencias y conocimientos a partir de su experiencia diaria y de las influencias y recursos educativos de su entorno (por ejemplo, la familia, los vecinos, el trabajo, las actividades recreativas, el mercado, la biblioteca, los medios informativos, etc.)» En UNESCO, Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo, 2006. Glosario, p. 443.

tiene en el desarrollo de la sociedad contemporánea. Con la alusión a la enseñanza reglada, el legislador español pretende restringir las limitaciones docentes a las actividades educativas relacionadas con el servicio público de la educación. Recordemos que en el Capítulo 1, apartado III.4 *in fine*, concluíamos que el art. 27 de la Constitución exige del Estado la prestación del servicio público de la educación que se concreta, precisamente, en la regulación de la enseñanza reglada y la puesta en marcha de los medios para que éste se desarrolle de manera efectiva. No obstante, como también argüíamos al final del Capítulo 1, otras disposiciones constitucionales, en particular el art. 44 de la Norma Fundamental, pueden justificar que las limitaciones docentes se apliquen más allá de la educación oficial, en tanto contribuyen de manera especialmente relevante a la consecución de la esfera pública y del desarrollo de la sociedad.

No sólo la UNESCO se ha pronunciado en este sentido. También la Comisión Europea e incluso nuestra propia Ley de Educación<sup>1110</sup> han destacado el papel tan relevante que la enseñanza no reglada juega en nuestra sociedad. Es más, la intervención del Estado y de las Comunidades Autónomas en la regulación de las enseñanzas no regladas es cada vez mayor. Eso sí, las normas que regulan la educación no reglada presentan, por razones obvias, mayor flexibilidad que las relativas a las enseñanzas integrantes del sistema educativo español<sup>1111</sup>. Cabe apuntar, en todo caso, que la regulación de las enseñanzas regladas, especialmente tras las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador, se esfuerza en paliar la rigidez del sistema educativo y promover el diálogo y las vías de comunicación entre enseñanzas regladas o no regladas<sup>1112</sup>. No así la LPI.

---

<sup>1110</sup> Cfr. EdM Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>1111</sup> M. C. NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de enseñanza no reglada*, (2006), Capítulo 2 Marco conceptual de la enseñanza reglada, id. Vlex <http://vlex.com/vid/334787>.

<sup>1112</sup> Léanse las correspondientes EdMs de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y del Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de Grado.

*b3 “Profesorado de Educación Reglada”*

Tras haber analizado ambos términos por separado, nos resta concretar algunos aspectos que se desprenden de la expresión conjunta “profesorado + educación reglada”.

En primer lugar, la LPI se refiere a “el profesorado”, término muy criticado por el Letrado de la Comisión de Cultura en su Informe ante las Cortes<sup>1113</sup>. A su juicio, el término profesorado es injustificadamente restrictivo, lo que le lleva a proponer su reemplazo por el de “profesores”, entendiendo que éste último no se refiere sólo a actuaciones docentes corporativas, sino a las de cada profesor “en sus clases”. Aunque *a priori* pueda concluirse que ésta distinción no tiene ninguna relevancia, veremos que el peso que pueda otorgarse a la connotación corporativa puede jugar papel no desdeñable en relación con la interpretación de determinados supuestos. Veamos algunos de ellos.

El primer caso que puede dar lugar a cierta controversia se refiere a los supuestos en los que profesores de educación reglada imparten enseñanzas no regladas, incluso en instituciones integradas en el sistema educativo —p. ej., actividades extracurriculares impartidas en colegios por los mismos profesores que tienen atribuida la docencia homologada u oficial—. En principio entendemos que los profesores pueden atenerse a la excepción sólo cuando efectivamente impartan clases en el marco de las enseñanzas regladas. El art. 32.2 no resultaría, por tanto, aplicable a actividades extracurriculares o que no puedan considerarse de enseñanza reglada. Una interpretación a contrario implicaría un agravio comparativo totalmente injustificado respecto a las mismas enseñanzas no regladas impartidas por otros profesores. No obstante, esta concepción gravita sobre el adjetivo “reglada”. Si, por el contrario, coincidiendo con las advertencias formuladas por el Letrado en las Cortes, otorgamos mayor peso a la connotación corporativa de la expresión —todo aquel que pertenezca al “cuerpo” del “profesorado de enseñanza reglada” es potencial beneficiario de la excepción—,

---

<sup>1113</sup> Cfr. Informe del Letrado de la Comisión de Cultura, de 12 de Octubre de 2005, p. 30. Accesible en el Archivo del Congreso.

entonces pudiera defenderse una interpretación opuesta la aquí defendida, pese al tratamiento discriminatorio al que daría origen.

El segundo supuesto que se nos ocurre se refiere a aquellos casos en los que la actividades de enseñanza reglada se imparten por quienes formalmente no pertenecen a la categoría de docentes —p. ej., unas clases prácticas impartidas por un estudiante del Certificado de Aptitud Pedagógica (CAP)<sup>1114</sup>, por un “experto invitado”, o, como aludía el representante de Esquerra en las Cortes, por un miembro del personal de la Administración y Servicios—. Siguiendo con una interpretación funcional, entendemos que la expresión citada abarca efectivamente a todos aquellos que ejercen en un momento determinado, con carácter laboral o profesional —e incluso circunstancial—, la actividad de enseñanza (reglada); es decir, a todos aquellos que están a cargo de la actividad de instrucción, independientemente de los términos con los que se les denomine —profesores, tutores, consultores...—, o de que formen o no formalmente parte del cuerpo docente. Una interpretación estricta y “corporativista” del término profesorado jugaría en contra de la tesis aquí defendida, y nos llevaría a afirmar que sólo aquellos que *de iure* —y no *de facto*— pertenezcan a la categoría citada pueden disfrutar de la limitación prevista con fines de enseñanza.

### *3 Derechos afectados*

#### *3.1 Derechos afectados por las limitaciones docentes en el Derecho comparado*

De la ubicación de la limitación con fines educativos en la DDASI (en el apartado 3 del art. 5) se concluye la posibilidad de que sus equivalentes nacionales se extiendan a los derechos de comunicación al público, la distribución, la puesta a disposición y la reproducción. A diferencia de lo que acontece con otras letras del art. 5.3 —p. ej., la *n*) referida a la comunicación al público y la puesta a disposición a través de terminales especializados en determinadas instituciones—, el legislador comunitario no especifica el modo de explotación, sino que se refiere de manera general a la “utilización”.

---

<sup>1114</sup> Recordemos que, pese a las incesantes advertencias sobre su desaparición, el CAP sigue vigente.



Si descendemos a la normativa interna de diferentes Estados miembros, podemos comprobar que, una vez más, se han seguido diferentes modelos. Cuando se ha optado por una implementación cuasi literal del art. 5.3 a), las limitaciones docentes abarcan tanto la reproducción como la comunicación, la puesta a disposición al público y la distribución —a título en enunciativo: Holanda<sup>1115</sup>, Luxemburgo<sup>1116</sup>, Malta<sup>1117</sup> o Portugal<sup>1118</sup>—; o, incluso, apartándose del tenor literal de la DDASI, admiten igualmente la afectación a los derechos de reproducción y comunicación al público —es, por ejemplo, el caso de Francia<sup>1119</sup>—. En otros países, como en Grecia<sup>1120</sup>, las limitaciones docentes se aplican exclusivamente al derecho de reproducción, lo que dificulta su aplicación al entorno en línea. Y, ya por último, cabe destacar los supuestos en los que se contempla una diversidad de limitaciones docentes según las modalidades de explotación afectadas. Caso paradigmático es el del legislador belga, que distingue en sus limitaciones docentes una para la reproducción analógica<sup>1121</sup>, otra para la reproducción digital<sup>1122</sup> y una tercera relativa a la puesta a disposición<sup>1123</sup>. También el legislador alemán contempla una limitación específica para los usos en línea<sup>1124</sup> —que, orientada a la puesta a disposición al público, autoriza, no obstante, todas aquellas reproducciones que sean necesarias para tal puesta a disposición—, distinta de la prevista para el derecho de reproducción<sup>1125</sup>. Nótese que, en el ordenamiento alemán, las limitaciones al derecho de reproducción

<sup>1115</sup> Art. 16, *Copyright Act 1912*.

<sup>1116</sup> Art. 10.2, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>1117</sup> Art. 9.1.h), *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

<sup>1118</sup> Art. 75.2 f), *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

<sup>1119</sup> Art. L122-5-3°e) *Code de la Propriété Intellectuelle*

<sup>1120</sup> Art. 21, *Law 2121/1993 Copyright, Related Rights and Cultural Matters*.

<sup>1121</sup> Art. 22 §bis. *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

<sup>1122</sup> Art. 22 §ter. *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

<sup>1123</sup> Art. 22 §qua. *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*. Sobre el régimen de limitaciones en el Derecho belga *vid. infra* apartado III.2 y bibliografía allí citada.

<sup>1124</sup> §52a *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

<sup>1125</sup> §53(3) *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

sólo serán aplicables a las enseñanzas universitarias si la finalidad de la reproducción es la realización de exámenes<sup>1126</sup>.

### 3.2 Los derechos afectados en el art. 32.2 de la LPI

#### A. Antecedentes

Las diferentes propuestas españolas se hacen eco de varios de los modelos aludidos. El Borrador de 2002, con formulación cercana a la prevista en la DDASI, utiliza el término más amplio de “utilización”<sup>1127</sup>. Esta opción es criticada en algunos de los escritos de alegaciones presentados ante el Ministerio de Cultura. El principal motivo de oposición reside en la posibilidad de que el término utilización tolere la transformación de la obra, tema especialmente sensible dada su relación con los derechos morales del autor, y que, como puntualizaron la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI)<sup>1128</sup>, la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE, actualmente PROMUSICAE)<sup>1129</sup> y el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco<sup>1130</sup> en sus correspondientes escritos de alegaciones ante el Gobierno, no está contemplado en la DDASI. Por otro lado, esta última Administración considera conveniente restringir los derechos autorizados a la reproducción y la comunicación al público, sin amparar, por tanto, la distribución. En términos todavía más restrictivos se pronuncia la Organización Profesional de Editores de

---

<sup>1126</sup> Léase al respecto G. WESTKAMP, *Study on the implementation...*, (2007), p. 33. *Vid.* también supra nota 126.

<sup>1127</sup> Recordemos que el art. Octavo *in fine* del Borrador de noviembre 2002 propone introducir el siguiente apartado 2 en el art. 32 LPI: “No se necesitará autorización del autor cuando la *utilización* de obras protegidas se haga únicamente para la ilustración con fines educativos o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. Los supuestos y condiciones para el disfrute de este límite se determinarán reglamentariamente.”

<sup>1128</sup> Escrito de alegaciones al Proyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de noviembre de 2002.

<sup>1129</sup> Escrito de Observaciones al Proyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de noviembre de 2002.

<sup>1130</sup> Comentarios al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 29 de noviembre de 2002.

Música (OPEM)<sup>1131</sup>, que propone excluir, además, la puesta a disposición al público.

En los Borradores de 2004 ya se relacionan los diferentes derechos de explotación a los que afecta la limitación: “reproducción, distribución y comunicación pública”. Sólo la VEGAP propondría, tanto en sus alegaciones al proyecto de 2004<sup>1132</sup> como en el escrito presentado con ocasión de su comparecencia ante el Congreso<sup>1133</sup>, suprimir la alusión al derecho de distribución.

## B. Derecho vigente

El texto finalmente adoptado responde a ésta última opción. En él se relacionan las tres facultades básicas de explotación: “la reproducción, la comunicación al público y la distribución”.

Los profesores podrán, siempre que respeten los restantes requisitos del precepto, proceder a la reproducción de obras protegidas y a su distribución. No se distingue entre reproducción analógica y digital, por lo que se ha de entender aplicable a ambas. En cuanto a la primera, resultarán autorizadas —con las salvedades exigidas por los restantes requisitos del precepto y, muy especialmente, por el párrafo final del artículo— las temidas fotocopias. En lo que respecta a la reproducción digital, ésta podrá hacerse a partir de ejemplares digitales y analógicos —por ejemplo, mediante el escaneado de obras impresas o la conversión de audio y vídeo a datos—. En ningún caso debe entenderse que la digitalización implica una transformación de la obra.

---

<sup>1131</sup> Escrito de Observaciones al Borrador de Anteproyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de noviembre de 2002.

<sup>1132</sup> Escrito de alegaciones de Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) al Borrador de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual para Incorporar la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, 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, de 22 de Noviembre de 2004.

<sup>1133</sup> Titulado “Propuesta de enmiendas que presenta VEGAP al Proyecto de Ley por el que se reforma el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual con motivo de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2001/29/CE”, de 22 de septiembre de 2005. Accesible en el Archivo del Congreso.

La alusión al derecho de comunicación al público viene a autorizar muchos de los actos que, de manera cotidiana, vienen realizando los profesores en sus clases: la lectura (parcial) de una obra, la proyección de imágenes, o la visualización (parcial) de documentales. Asimismo, también ampara, *a priori*, su puesta a disposición a través de redes telemáticas, aunque, como veremos, esta afirmación deberá ser matizada a la luz del análisis de otros requisitos del precepto, en particular el referido a “las aulas”; (*vid. infra* apartado 6.2.B).

#### *4 Obras afectadas. Restricciones cuantitativas*

##### *4.1 Derecho comparado*

Ni el Convenio de Berna ni la DDASI establecen en sus limitaciones con fines de enseñanza restricción alguna en relación con la *extensión* en que la obra puede ser utilizada. No obstante, en el Derecho comparado, las restricciones cuantitativas están presentes en buena parte de los ordenamientos. Ello obedece, sin lugar a dudas, a la consideración de que la reproducción íntegra de determinadas obras —especialmente en los supuestos en los que las limitaciones abarcan un ámbito amplio de aplicación (p. ej. bajo la forma de un uso gratuito contemplado para cualquier actividad de enseñanza)— puede ir en perjuicio de los intereses del autor o, en última instancia, sustituir la adquisición o licencia de la obra.

En Alemania, la sección 52a permite la comunicación pública de pequeños fragmentos de obras, de obras cortas y de contribuciones individuales de periódicos y publicaciones periódicas. También la sección 53.3 1), en este caso aplicable al derecho de reproducción, se refiere a la copia de pequeños fragmentos de obras impresas y a la copia de artículos aislados de periódicos o revistas en la cantidad necesaria para una clase. Ambas licencias no voluntarias conviven con otras limitaciones educativas que no se ven sujetas a ningún tipo de restricción cuantitativa: p. ej. la sección 47, relativa a la reproducción de obras de radiodifusión con vocación escolar por escuelas y por

instituciones dedicadas a la formación de profesores<sup>1134</sup>. La jurisprudencia alemana, al interpretar la formulación de pequeños fragmentos, ha concluido que al utilizar un 10% de una obra no se están infringiendo los límites cuantitativos<sup>1135</sup>. La doctrina se ha arriesgado con distintos parámetros. Así, mientras algunos fijan el tope de lo permitido en un 20%<sup>1136</sup> o en 10 páginas DIN-5 para el caso de las obras literarias<sup>1137</sup>, otros van más allá, insistiendo en la intensidad, significado o, si se quiere, la sustancialidad del uso: si el fragmento utilizado puede sustituir a la obra entera, entonces se excede claramente la referencia a los pequeños fragmentos<sup>1138</sup>.

También en el caso belga las restricciones cuantitativas varían en función de las diferentes limitaciones docentes: mientras las referidas a la reproducción analógica y digital están sometidas a límites cuantitativos (*courts fragments*), éstos no operan en la prevista para la comunicación pública, que permite la puesta a disposición de obras íntegras, siempre, eso sí, que ello no comporte un perjuicio a la explotación normal de la obra<sup>1139</sup>.

El legislador francés incorpora en la licencia no voluntaria del art. L122-5.3ºe) la referencia a los extractos de la obras. Como ya se ha apuntado en otro lugar, el nuevo art. L122-5.3ºe) no entrará en vigor hasta enero de 2009, fecha en que expiran los Acuerdos Sectoriales para la

---

<sup>1134</sup> En este caso sí juega, no obstante, una importante restricción cualitativa: la limitación sólo concierne a las emisiones con destino escolar y no a todas las obras audiovisuales. *Vid.* C. GEIGER, «Les exceptions au droit d'auteur...», (2002), p. 34.

<sup>1135</sup> S. ERNST Y D. M. HAEUSERMANN, «Teaching Exceptions in European...», (2006), p. 10 (nota 36); que se refieren a la Decisión de la Corte de Apelación de Karlsruhe, de 27 de mayo de 1987: U 31/86 "Referendarkurs", publicada en *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 1987, 818-822.

<sup>1136</sup> U. LOEWENHEIM, en G. SCHRICKER, *Urheberrecht*, 2ª ed., (1999), §53 para. 31; o W. NORDEMANN, en FROMM/ NORDEMANN, *Urheberrecht*, (1998), §53 para. 12; citados en S. ERNST Y D. M. HAEUSERMANN, «Teaching Exceptions in European...», (2006), p. 10, nota 37.

<sup>1137</sup> MELICHAR, en *Schricker*, §46 para. 15; s. §46 Rn. 11; WANDTKE/BULLINGER, *Urheberrecht*, 2ª ed., (2006); cit. en S. ERNST Y D. M. HAEUSERMANN, «Teaching Exceptions in European...», (2006), p. 10, nota 40.

<sup>1138</sup> U. DECKER en MÖHRING/ NICOLINI, *Urheberrechtsgesetz*, 2ª ed., (2000), §53 para. 28; cit. en S. ERNST Y D. M. HAEUSERMANN, «Teaching Exceptions in European...», (2006), p. 10, nota 37.

<sup>1139</sup> *Vid. infra* III.2.

Utilización de Obras Protegidas en la Enseñanza e Investigación. Los citados acuerdos, cuyo ámbito objetivo de aplicación no se corresponde exactamente con el de la limitación, también contemplan restricciones cuantitativas que además se preocupan de precisar estableciendo severos parámetros cuantitativos. Definen, por ejemplo, el número máximo de páginas o imágenes que pueden ser incorporados a cada trabajo didáctico. Lo comprobaremos un poco más abajo, al estudiar la aplicación de los acuerdos a las utilidades en línea (infra III.3.3).

Aluden asimismo a los extractos o fragmentos el legislador luxemburgués<sup>1140</sup>, el eslovaco<sup>1141</sup> y el portugués<sup>1142</sup>. Ninguno de ellos establece un régimen especial para las obras cortas o las denominadas de bellas artes. Sensible a la problemática que puede plantear la reproducción parcial de estas últimas, el ordenamiento holandés —al igual que algunas de las secciones alemanas anteriormente referenciadas—, pese a referirse inicialmente a la reproducción o publicación parcial de las obras, autoriza la utilización de obras cortas y de las de bellas artes en su integridad<sup>1143</sup>.

Finalmente, admiten sin cortapisas la utilización íntegra de todo tipo de obras la legislación checa<sup>1144</sup>, la estona<sup>1145</sup> y la maltesa<sup>1146</sup>. Cabría preguntarse si, dado el margen tan amplio en el que aparecen concebidas estas limitaciones (todas ellas definidas en términos similares a los contemplados en la DDASI), se está respetando lo exigido por el test en tres pasos (art. 5.5. DDASI), especialmente en lo que se refiere a su aplicación en el entorno digital. Recordemos que, sin perjuicio de que el test en tres pasos pueda configurarse como una guía de interpretación para los jueces que resuelvan sobre la aplicación de las limitaciones al caso en concreto, el destinatario del art. 5.5 DDASI es, sin lugar a dudas, el legislador nacional, que deberá tener en cuenta los

---

<sup>1140</sup> Art. 10.2°, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>1141</sup> Sección 28.1 *Act No. 618/2003 of 4th December 2003*.

<sup>1142</sup> Art. 75(2)f *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

<sup>1143</sup> Art. 16 *Copyright Act 1912*.

<sup>1144</sup> Art. 31, *Law No. 121/2000 Coll. of 7 April 2000 on Copyright, Rights Related to Copyright and on the Amendment of Certain Laws*.

<sup>1145</sup> Sección 19.2 de la *Copyright Act*, de 11 de noviembre de 1992.

<sup>1146</sup> Art. 9(h) *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

tres criterios formulados en el mismo a la hora de configurar las limitaciones nacionales<sup>1147</sup>.

#### 4.2 Restricciones cuantitativas en el art. 32.2 LPI

##### A. Antecedentes

Tampoco en la primera versión del Borrador aparecen restricciones cuantitativas. No olvidemos, en todo caso, que el texto se remite a un ulterior desarrollo reglamentario que, de acuerdo con lo expuesto en la Memoria Justificativa del Borrador, debería especificar las condiciones para la aplicación de la limitación<sup>1148</sup>. Tal vez en la mente del legislador estaba bien restringir respecto a determinados usos la extensión en la que una obra es utilizada, bien compensar la ausencia de restricciones cuantitativas con la existencia de una remuneración.

El Borrador de noviembre de 2004 introduce la referencia a los “pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico, figurativo o análogo”. También la oportunidad de esta restricción cuantitativa fue cuestionada. De nuevo CEDRO critica, no sin falta de razón, la indefinición del término, aunque nótese que en su propuesta subsidiaria a la supresión del precepto mantiene la expresión de pequeños fragmentos<sup>1149</sup>. En el Congreso, el Grupo Parlamentario Vasco, el Catalán y Esquerra Republicana se pronunciaron a favor de

---

<sup>1147</sup> Vid. supra Capítulo 2, apartado II.1.1.C2.

<sup>1148</sup> Vid. supra nota 1024.

<sup>1149</sup> Tras comentar que «[n]o queda tampoco claro qué se entiende por “pequeños fragmentos”: es una expresión jurídicamente tan indeterminada que puede dar lugar a interpretaciones dispares y puede ser la cobertura para realizar los “dossiers” o “lecturas” de nefastas consecuencias para el sector del libro cuando se llevan a cabo sin autorización.»; propone con carácter subsidiario la siguiente redacción: «[n]o necesitarán autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, o de pequeños fragmentos de otros tipos de obras, excluidos los libros de texto y los manuales y libros universitarios, cuando tales actos se hagan respecto de obras ya divulgadas, únicamente para la ilustración de las actividades educativas que se desarrollen dentro de las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, y siempre que se incluyan, salvo en los casos en que resulte imposible, el nombre del autor y la fuente. Los usos previstos en el párrafo anterior originarán una remuneración equitativa y única a favor de los titulares de los derechos sobre las obras.» Escrito de alegaciones de noviembre de 2004.

eliminar cualquier restricción respecto a las obras afectadas, sea ésta cuantitativa o —lo veremos en el apartado 5— cualitativa<sup>1150</sup>.

## B. Derecho vigente

Ante la falta de acuerdo sobre las enmiendas presentadas no se produce modificación alguna relativa a las restricciones cuantitativas contempladas en el Proyecto. Así el artículo 32.2 LPI autoriza la utilización de “pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”.

La distinción entre la utilización íntegra de las obras aisladas de carácter plástico o fotográfico y la utilización parcial de las restantes categorías de obras no es nueva en el Derecho español. También opera en relación con el primer apartado del art. 32, el denominado derecho de cita, que recordemos reputa lícita:

*“la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.”*

La justificación de este trato diferenciado no plantea demasiados interrogantes. La reproducción o comunicación pública parcial de las obras de carácter plástico o figurativo no sólo puede carecer de sentido en la mayoría de los casos —frustrando además la pretendida finalidad didáctica—, sino que, incluso, podría estimarse que supone, en algún caso, un atentado, una mutilación a la obra. De ahí que el legislador haya considerado oportuno autorizar que las denominadas obras de bellas artes puedan ser utilizadas en su integridad. En este sentido parece apuntar el adjetivo “aisladas”, que se refiere a obras individuales

---

<sup>1150</sup> Léase el texto de las correspondientes enmiendas y sus justificaciones reproducidas *ut supra* notas 1046, 1050 y 1048.



o independientes, obras (de carácter plástico o fotográfico figurativo) que, por sí solas, son susceptibles de protección.

Pero el adjetivo “aisladas” puede asimismo interpretarse por referencia a la obra total del autor. Tal exigencia, también planteada respecto al derecho de cita<sup>1151</sup>, ha llevado a varios autores a preguntarse cuántas obras de un mismo autor pueden libremente citarse<sup>1152</sup>. En este punto, en un nuevo intento de “cábala”, se alude con frecuencia a la jurisprudencia francesa que en el asunto *Rodin* —relativo a la reproducción de algunas de sus obras en un libro de naturaleza didáctica— concluyó que un mínimo de obras, en el caso de autos tres, resultaba perfectamente tolerable<sup>1153</sup>. Igualmente respecto al derecho de cita, se ha afirmado que no es lícita la reproducción de *toda* la obra de un autor<sup>1154</sup> y que criterios como la calidad o la notoriedad del mismo pueden ser útiles para estimar la cantidad de obras aisladas de un mismo creador que pueden utilizarse<sup>1155</sup>. En nuestra opinión, la oportunidad numérica deberá siempre valorarse en relación con la cláusula general (y finalista) contemplada en el artículo (“en la medida justificada por la finalidad [...] perseguida”) y no necesariamente en relación con su producción artística<sup>1156</sup>. Así, no debe desecharse, de

<sup>1151</sup> Para un comentario de este requisito respecto al derecho de cita, *vid. infra* apartado IV.2.2.A2.

<sup>1152</sup> Entre otros: M. DEL C. GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 32», (1994), p. 549; C. ROGEL, «La inclusión de obras plásticas...», (2003), p. 300.

<sup>1153</sup> F. RIVERO, «Reproducción de la obra plástica...», (1994), p. 1177-1178; C. ROGEL, «La inclusión de obras plásticas...», (2003), pp. 300-301. No obstante, tales alusiones a la jurisprudencia francesa deben tomarse con la debida cautela, ya que la línea jurisprudencial más asentada entiende que la alusión a las citas cortas proscribía la reproducción íntegra de la obra, cualquiera que sea su formato. *Vid.* entre las más recientes la sentencia de la Corte de Casación de 7 de noviembre de 2006, comentada en L. COSTES Y J. B. AUROUX, «Exception de courte citation...», (2006), p. 16. También S. CHATRY, *L'exception pédagogique au droit...*, (2007), p. 33-34.

<sup>1154</sup> F. RIVERO, «Reproducción de la obra plástica...», (1994), p. 1177-1178; C. ROGEL, «La inclusión de obras plásticas...», (2003), p. 300; R. CASAS, «Spain», (2003), p. 210.

<sup>1155</sup> C. ROGEL, «La inclusión de obras plásticas...», (2003), p. 300.

<sup>1156</sup> En contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de octubre de 2002, en cuyo Fundamento Jurídico Quinto leemos “Para que sea lícita la inclusión, en una obra propia de otra plástica ajena, sin autorización ni obligación de retribuir, es necesario, en primer término y como se ha dicho, que ésta sea una obra aislada. *Ello significa que sólo puede ser objeto de la lícita reproducción una obra individual o singular, término relativo que se ha de poner en relación con las demás del mismo autor*”. La cursiva es nuestra.

plano, la utilización de la obra completa de un autor —especialmente en los casos en los que la obra es limitada—<sup>1157</sup>. Por el contrario, el hecho de que la reproducción, comunicación pública o distribución de la obra deba realizarse en la medida justificada por la finalidad de ilustración en la enseñanza, prohíbe la utilización de un número desproporcionado de obras<sup>1158</sup> que, según los casos, puede incluso concretarse en un cardinal bajo.

Para las restantes obras, la reproducción, comunicación pública o la distribución debe realizarse de manera parcial, en (pequeños) fragmentos. Una interpretación literal del precepto prohíbe la reproducción íntegra de las literarias, sonoras o audiovisuales, incluso tratándose de obras breves. No obstante, respecto a estas últimas, concurren las mismas circunstancias que justifican la utilización íntegra de las obras de arte: ¿qué interés pedagógico tiene citar un verso suelto de un poema?, ¿no se mutila igualmente la creación?—. No resulta por tanto extraño que representantes destacados de nuestra doctrina hayan llegado a afirmar —nuevamente para el caso de la cita— que podría tolerarse la reproducción íntegra de estas obras<sup>1159</sup>. A ello nos conduciría una interpretación finalista del precepto, que procedería así a subsanar la laguna en la que nuevamente ha caído el legislador, dando cobijo a la utilización en las aulas de obras breves —pensemos, por ejemplo, en la lectura en voz alta de un poema— si ésta viene exigida por las necesidades de la enseñanza. Qué haríamos si no en un curso de literatura japonesa contemporánea al impartir una clase sobre *haikus* recientes. Qué duda cabe que, *de lege ferenda*, sería más que aconsejable la introducción de una referencia expresa a las obras breves o cortas.

Mayores dificultades interpretativas plantea la alusión explícita a “pequeños fragmentos”. “Fragmento” es un término relativo que se predica en relación con una obra contemplada en su totalidad. Cabe

---

<sup>1157</sup> La misma idea en F. BONDÍA, «Artículo 32», (1997), p. 170; a la que igualmente se adhiere B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 278.

<sup>1158</sup> J. ORTEGA, *Obra plástica y derechos de autor*, (2000), p. 253.

<sup>1159</sup> Entre otros, R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 89; J.F. ORTEGA, «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005), p. 89.

entonces preguntarse qué habrá de tomarse como referencia en el caso de las obras compuestas y colectivas. Recordemos que las obras compuestas son aquellas que incorporan una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última. En tal caso la obra que constituya creación autónoma se considerará independiente, aunque se publique conjuntamente con otras<sup>1160</sup>. Las obras colectivas son las creadas por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que las edita y divulga bajo su nombre y están constituidas por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada<sup>1161</sup>.

En las primeras, el fragmento deberá predicarse respecto a cada una de las aportaciones individuales que constituyan una creación autónoma. Pensemos, por ejemplo, en un monográfico sobre crítica literaria que adjunte en su apéndice las críticas galardonadas a lo largo de los últimos cinco años. Si la utilización que se pretende realizar al amparo del art. 32.2 LPI se refiere precisamente a una de las críticas galardonadas, el fragmento deberá estimarse en relación con la crítica en cuestión. Para las obras colectivas, la solución será, dado que las aportaciones individuales se funden en la obra colectiva y no tienen en principio entidad autónoma, la contraria. Sería el caso de la reproducción de las entradas de un diccionario en cuya elaboración participen por encargo del coordinador varios autores. En tal caso los fragmentos habrán de estimarse en relación con el diccionario entero.

En este punto resulta interesante una breve referencia a la utilización de artículos u obras contenidas en publicaciones periódicas, dado que tal utilización será bastante frecuente en el marco de las actividades docentes. Al estudiar las soluciones alcanzadas en Derecho comparado, comprobábamos que varios Estados miembros (p. ej. Alemania) admitían la reproducción íntegra de artículos aislados de publicaciones periódicas. Pues bien, en el caso de Derecho español esta solución no parece admisible. En nuestra opinión, la mayoría de las publicaciones

---

<sup>1160</sup> Art. 9 LPI.

<sup>1161</sup> Art. 8 LPI.

periódicas, en el caso de que sean *per se* susceptibles de protección por los derechos de autor, constituyen colecciones<sup>1162</sup> u obras compuestas, por lo que la reproducción fragmentaria de los artículos debe realizarse por referencia a cada una de las obras concebidas de manera autónoma y no al conjunto de obras que forman la colección o a la obra compuesta. Incluso en el caso —bastante improbable y a nuestro juicio erróneo— de que se apreciara que la publicación periódica es una obra colectiva<sup>1163</sup>, entendemos que, a efectos del art. 32.2, cada uno de los artículos, en tanto no den lugar a confusión con la obra de los restantes autores que participan en la obra colectiva, deberá ser considerado como obra independiente, quedando por tanto prohibida la utilización íntegra de los mismos.

Una problemática adicional presenta la incorporación del adjetivo “pequeños”. Ya el sustantivo fragmentos, por sí mismo, implica una connotación restrictiva<sup>1164</sup>, que, por si hubiera dudas, el adjetivo “pequeños” viene a reiterar. Al ser un término necesariamente comparativo su valoración requiere, en primer lugar, un análisis por referencia a la totalidad de la obra —diez páginas de un libro de doscientas puede ser considerado un fragmento pequeño, mientras claramente no lo es si el libro suma sólo once—. No obstante, en determinados casos pudiera valorarse igualmente en términos absolutos —siguiendo con las obras impresas, es más que cuestionable que la reproducción de 100 páginas (incluso si la novela a la que pertenecen suma más de 10000) pueda considerarse un pequeño fragmento—. Por lo tanto, “pequeños”, tiene un doble valor: relativo (o comparativo) y absoluto.

---

<sup>1162</sup> Art. 12 LPI.

<sup>1163</sup> Así parece asumirlo como regla general la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de diciembre de 2004: “Así se consideran aportaciones a obras colectivas las creaciones que integran un periódico aunque sean separables o estén firmadas”. Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>1164</sup> Léanse las diferentes acepciones que proporciona el Diccionario de la Real Academia (Vigésima segunda edición): «1. m. Parte o porción pequeña de algunas cosas quebradas o partidas. 2. m. Trozo o resto de una obra escultórica o arquitectónica. 3. m. Trozo de una obra literaria o musical. 4. m. Parte conservada de un libro o escrito.»

En todo caso, rechazamos, por estéril y arbitraria, la fijación de un número que en términos porcentuales (perspectiva comparativa) o enteros (absoluta), o mediante una combinación de ambos —como hacen los acuerdos sectoriales franceses (*vid. infra* III.3.3)— determine la extensión en la que una obra puede ser utilizada. Incluso un criterio (generoso) expresado en sentido negativo: “pequeño debe ser por lo menos inferior a la mitad”, nos parece discutible, en tanto pueden darse supuestos en los que la utilización de un fragmento mayor pudiera considerarse acorde con la norma (p. ej., la reproducción de cinco párrafos de un artículo que tiene nueve). Sin perjuicio, además, de que la citada extensión pudiera venir exigida por la finalidad docente —por ejemplo, en los exámenes—.

Ya por último ha de tenerse en cuenta que al introducir de manera expresa el calificativo “pequeños”, el legislador se separa de la redacción dada al derecho de cita que alude simplemente a los fragmentos. ¿Cómo ha de interpretarse este *plus* de restricción?, ¿puede la extensión de la cita con fines docentes ser mayor que la extensión de las utilizaciones autorizadas por el art. 32.2 LPI con fines de ilustración en la enseñanza? Nos referiremos a este supuesto al final del apartado IV.2, punto 2.7, tras haber procedido al análisis de los requisitos de la cita. Adelantamos en todo caso que, como regla general, el art. 32.2 tolerará una utilización más intensa de las obras protegidas que la permitida por el art. 32.1 LPI. De hecho, la razón que ha movido al legislador a incorporar esta nueva limitación en la LPI es facilitar el desarrollo de las actividades educativas que antes se veía perjudicado por la aplicación del régimen privativo de la propiedad intelectual. Si el ámbito de aplicación de la cita viniera a ser mayor, o incluso igual, que el previsto en la nueva limitación de ilustración de la enseñanza: ¿por qué habría el legislador introducido este nuevo precepto que además incorpora otras restricciones (p. ej., subjetivas) que no aparecen en el art. 32.2?

De ahí que, por ahora, nos limitemos a reiterar que el adjetivo “pequeños” lleva a extremar la precaución en cuanto a la extensión en la que la obra puede ser utilizada. Recordemos en este punto lo estipulado por los acuerdos sectoriales franceses en los que

expresamente se declara que extracto será aquella parte que excede la cita<sup>1165</sup>, eso sí, corta. En todo caso este requisito habrá de leerse de manera conjunta con la cláusula general relativa a “en la medida justificada por la finalidad [...] perseguida”, que exige un análisis de proporcionalidad entre la necesidad e idoneidad de la extensión de la utilización y los fines educativos —ya de por sí bastante restrictivos: *la ilustración de las actividades educativas en las aulas*— contemplados en el precepto.

## *5 Obras afectadas. Restricciones cualitativas*

### *5.1 Derecho comparado*

Al prever la limitación con fines de ilustración en la enseñanza, la DDASI alude de forma general a obras y prestaciones protegidas. Sin embargo, varios Estados miembros han mantenido o incorporado restricciones cualitativas que excluyen determinadas tipos de obras de sus limitaciones con fines de enseñanza. Tales limitaciones afectan bien a las obras de naturaleza didáctica, bien a otras categorías de obras que se consideran especialmente sensibles.

En el primer caso (obras de naturaleza didáctica), la justificación es clara y, en cierta medida —siempre dependiendo del alcance efectivo de la limitación—, viene exigida por el test en tres pasos. En efecto, la inclusión de las obras de naturaleza didáctica en el ámbito de aplicación de las limitaciones docentes podría afectar a la explotación normal de las citadas obras, en tanto éstas son concebidas para fines idénticos que los previstos en la limitación. Entre otros, han previsto restricciones de este tipo el legislador alemán —que excluye los libros escolares—<sup>1166</sup> o el francés —las obras concebidas con fines pedagógicos—<sup>1167</sup>.

En cuanto a las categorías de obras “especialmente sensibles”, Alemania prevé un régimen específico para las películas, que no podrán ser puestas a disposición del público, de acuerdo con lo previsto en la §52a,

---

<sup>1165</sup> *Vid. infra* apartado III.3.3.C3.

<sup>1166</sup> Sección 52a *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

<sup>1167</sup> 122-5.3º e) *Code de la Propriété Intellectuelle*. *Vid. infra* apartado III.3.2.B1.

durante los dos primeros años tras su lanzamiento<sup>1168</sup>. Tampoco Dinamarca admite bajo su sistema de licencias colectivas ampliadas la utilización de obras cinematográficas<sup>1169</sup>. En Francia se excluyen las partituras y las obras realizadas para la edición electrónica de un escrito<sup>1170</sup>.

No establecen ninguna restricción cualitativa Bélgica<sup>1171</sup>, Chequia<sup>1172</sup>, Eslovaquia<sup>1173</sup>, Eslovenia<sup>1174</sup>, Estonia<sup>1175</sup>, Grecia<sup>1176</sup>, Holanda<sup>1177</sup>, Lituania<sup>1178</sup>, Luxemburgo<sup>1179</sup>, Malta<sup>1180</sup> ni Portugal<sup>1181</sup>.

## 5.2 Restricciones cualitativas en el art. 32.2 LPI

### A. Antecedentes

Al igual que los últimos ejemplos citados, tampoco el primer Borrador, el de noviembre de 2002, prevé restricción cualitativa alguna. El artículo Octavo tantas veces citado se refiere, con carácter general, a la utilización de obras protegidas. Es en las versiones de 2004 cuando el Gobierno propone excluir del ámbito objetivo de la limitación los “libros de texto y los manuales universitarios”. La propuesta es nuevamente muy criticada tanto por los representantes de los autores y

<sup>1168</sup> Sección 52a *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965. Consúltense igualmente la §13b de la ley noruega (*Act núm. 2 of 12 May 1961, relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, etc., with subsequent amendments, latest of 17 June 2005*). También introduce restricciones temporales, aunque para la limitación relativa a las crestomatías, el art 18 de la ley finesa (*Law núm. 404 de 9 de julio de 1961*).

<sup>1169</sup> Sección 13(2) *Consolidated Act on Copyright*, núm. 164 de 12 de marzo de 2003.

<sup>1170</sup> 122-5.3º e) *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>1171</sup> Arts. 22§1.4º bis, ter y quater, *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d’auteur et aux droits voisins, en la versión dada por la Loi du 22 Mai de 2005*.

<sup>1172</sup> Art. 31, *Law No. 121/2000 Coll. of 7 April 2000 on Copyright, Rights Related to Copyright and on the Amendment of Certain Laws*.

<sup>1173</sup> Sección 28, *Act No. 618/2003 of 4th December 2003*.

<sup>1174</sup> Arts. 47(1) y 49, *Copyright and Related Rights Act, of 30 March 1995, as last amended on 1 February 2006*.

<sup>1175</sup> Secciones 19.2 y 3 de la *Copyright Act*, de 11 de noviembre de 1992

<sup>1176</sup> Art. 21, *Law 2121/1993*.

<sup>1177</sup> Art. 16, *Copyright Act 1912*.

<sup>1178</sup> Art. 22 *Law on Copyright and Related Rights, de 18 de mayo de 1999, núm. VIII-1185*.

<sup>1179</sup> Art. 10.2 de la *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d’auteur*.

<sup>1180</sup> Art. 9(h) *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

<sup>1181</sup> Art. 75(2)f *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

editores de materiales didácticos, como, desde una perspectiva totalmente diferente, por los representantes de los usuarios e, incluso, por otras entidades de gestión. CEDRO tacha de equívoco el concepto de “manuales universitarios”<sup>1182</sup>, por lo que, con carácter subsidiario a la supresión del precepto, propone que a los citados se añadan los “libros universitarios”. En términos similares se manifiesta la FGE, sugiriendo que la exclusión alcance a los libros de texto, a los manuales universitarios y a los “libros de consulta y de referencia”<sup>1183</sup>. La VEGAP, por el contrario, propone eliminar las citadas exclusiones, al entender que ello es más acorde con el espíritu del artículo<sup>1184</sup>. FESABID e

---

<sup>1182</sup> “No se puede definir con claridad qué se entiende por “manual universitario”, ni existe una categoría de libros que responda a tal calificación, por lo que si se dejara esta expresión, se podría entender de forma amplia según el interés de quien quiera beneficiarse de esta excepción.” Escrito de alegaciones de noviembre de 2004.

<sup>1183</sup> A juicio de la Federación “difícilmente se puede justificar la copia de fragmentos de estos libros de uso habitual en el aula para aclarar o explicar su contenido”. Escrito de alegaciones de la FGE de noviembre de 2004.

<sup>1184</sup> En el escrito que acompaña a su comparecencia escrita ante el Congreso, la VEGAP incide en la defensa de la eliminación de esta restricción: “La finalidad que persigue el límite es la de permitir que los profesores puedan utilizar de forma libre y sin limitaciones, obras ya divulgadas en el ámbito de la actividad educativa. El actual sistema de enseñanza español fomenta la docencia de carácter interdisciplinar, por ello no tiene sentido limitar el tipo de obras que puedan ser utilizadas cuantitativa o cualitativamente [...] pues ello choca frontalmente con el fin perseguido por el límite. De acuerdo con lo que establece la Convención de Berna, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y la propia Directiva el carácter restrictivo del límite ha de aplicarse no al objeto sino al sujeto y a las condiciones en que éste va a poder realizar el uso de las obras protegidas sin autorización de los titulares de derechos, es decir, sin que se exploten las obras con independencia de si esa explotación es o no comercial. Se trata pues de acotar aquellos aspectos que sí deben ser delimitados de acuerdo con las exigencias establecidas en la convención de Berna, en el TODA y en la directiva para garantizar “la regla de los tres pasos” establecida a favor de los autores cuando se establezcan límites a sus derechos, pero sin que ello signifique que hayan de restringirse en exceso otros aspectos que no deben acotarse si se quiere ampliar adecuadamente el bien jurídico tutelado con el establecimiento del límite. Sin embargo se ha recogido como excepción al límite una exclusión respecto, precisamente, a unos productos editoriales, como son los libros de texto y los manuales universitarios. No parece que está redacción esté atendiendo al fin perseguido con el establecimiento del límite y no se entiende que se incida de nuevo en una descripción pormenorizada de las categorías de obras de autor afectadas que tanto perjudican a los creadores visuales y que en nada benefician por sí mismas a los beneficiarios del límite que no son otros que el profesorado en el ejercicio de sus funciones educativas”. *Vid.* “Propuesta de enmiendas que presenta VEGAP al Proyecto de Ley por el que se reforma el Texto Refundido de la Ley de



Hispalinux, si bien no critican frontalmente la exclusión, también eliminan la citada referencia en sus propuestas para una nueva redacción al art. 32.2<sup>1185</sup>. En cuanto a las formaciones políticas en el Congreso, son partidarios de eliminar toda restricción cualitativa el Grupo Parlamentario Vasco<sup>1186</sup>, el Catalán<sup>1187</sup> y Esquerra Unida<sup>1188</sup>. En el extremo opuesto, los populares se decantan por utilizar la expresión propuesta por CEDRO<sup>1189</sup>.

## B. Derecho vigente

Sin perjuicio de las bases de datos, a las que se les aplica su régimen específico de excepciones (*vid. infra* apartados IV.3 y IV.4), el único límite cualitativo que impone el art. 32.2 respecto a las obras que pueden ser utilizadas al amparo de la limitación es, como hemos ido avanzando, el relativo a la anunciada exclusión de los “libros de texto y manuales universitarios”. Dando por sentado que nuestro legislador, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno, ha pretendido proteger el mercado de determinadas obras de naturaleza didáctica, cabe preguntarse qué se entiende por libros de texto y por manuales universitarios.

---

Propiedad Intelectual con motivo de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2001/29/CE”, de 22 de septiembre de 2005. Accesible en el Archivo del Congreso.

<sup>1185</sup> Léanse el Escrito de FESABID de noviembre 2004 y el de Hispalinux de noviembre de 2004.

<sup>1186</sup> Cfr. Enmienda núm. 23, reproducida *ut supra* nota 1046.

<sup>1187</sup> Enmienda núm. 92, reproducida arriba 1050.

<sup>1188</sup> Enmienda núm. 132, texto en nota 1048. Este último se extiende un poco más en la justificación de la exclusión, a la que tilda de absurda: “De entrada se hace difícil determinar que es un «manual». De acuerdo con la teoría biblioteconómica un manual es aquella obra de referencia que explica los principales aspectos de una materia determinada o que está diseñada de manera que facilita un acceso rápido a la información (presencia de sumarios, índices etc.). No obstante creemos que para los editores un manual es cualquier libro donde aparezca la palabra «manual» o cualquier libro general sobre una especialidad concreta. Es decir, la práctica totalidad de los documentos que se utilizan habitualmente en clase, con lo cual se anula la excepción.” BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, p. 88.

<sup>1189</sup> Enmienda núm. 108, *vid. supra* nota 1049.

### *b1 Libros de texto*

La alusión a los libros de texto no resulta *a priori* problemática. La Real Academia se refiere al libro de texto como “el que sirve en las aulas para que estudien por él los escolares”. Más precisa es la definición que proporciona el art. 2 del *Real Decreto 1744/1998, de 31 de julio, sobre uso y supervisión de libros de texto y demás material curricular correspondientes a las enseñanzas de Régimen General*, que lo define como:

“el material impreso, de carácter duradero y autosuficiente, destinado a ser utilizado por los alumnos y que desarrolla, atendiendo a las orientaciones metodológicas y criterios de evaluación correspondientes, los contenidos establecidos por la normativa académica vigente para el área o materia y el ciclo o curso de que en cada caso se trate. Deberán incluir las orientaciones que se consideren necesarias para su utilización personal por el alumno.”

La definición parte, en primer lugar, de la alusión al formato: se trata de material impreso. Una interpretación subjetiva del precepto podría llevarnos a excluir de la definición aquellos “libros” que no cumplieran con esta característica —p. ej., un *e-book*—. No obstante entendemos que el término contemplado en la LPI —y también el del Real Decreto— debe interpretarse a la luz de la definición de “libro” dada por la *Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas*. La norma citada, con el ánimo de adecuarse a la nueva realidad de la Sociedad de la Información y, muy especialmente, a la diversidad de formatos que ofrece el concepto de “libro”, amplía su campo semántico<sup>1190</sup> y lo define en su art. 2 como:

“obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura.

Se entienden incluidos en la definición de libro, a los efectos de esta Ley, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, los materiales complementarios de carácter impreso, visual,

---

<sup>1190</sup> Léase el Preámbulo de la norma.

audiovisual o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial.”

Siguiendo con la definición prevista en el Real Decreto, los libros de texto, deberán ser duraderos (no consumibles)<sup>1191</sup> y autosuficientes. Se excluyen así los cuadernos de ejercicios y otros materiales complementarios. Sobre ello volveremos un poco más abajo, al hacer referencia a otros materiales curriculares.

El corazón de la definición viene dado por el destino de la obra. Esta deberá estar destinada a su utilización por los alumnos. Quedan al margen del concepto aquellos libros que, pese a ser utilizados en el aula —por ejemplo, un poemario o una novela de lectura obligatoria en determinada materia—, no tienen a los estudiantes, en su condición de tales, como destinatarios principales del producto. En esta idea incide el inciso final del art. 2.2 del Real Decreto citado, al requerir que los libros de texto incluyan las orientaciones que se consideren necesarias para su utilización personal por el alumno.

Finalmente, se exige que los libros de texto desarrollen los contenidos exigidos para una determinada asignatura. La definición contemplada en el Real Decreto se refiere, como no podía ser menos dado su ámbito de aplicación, a las asignaturas correspondientes a las enseñanzas regladas. Cabe entonces preguntarse si la exclusión del art. 32.2 abarca igualmente a los “libros de texto” orientados a otras enseñanzas o se refiere, de manera exclusiva, a los libros de texto de la enseñanza reglada. La respuesta, una vez más, no es inmediata. Por un lado, dado que el precepto limita su campo de aplicación a la enseñanza reglada, entendemos que no hay razón para otorgar una interpretación amplia a la expresión. Ya al principio de este apartado señalábamos que tras la restricción que estamos analizando se oculta el temor de que los actos autorizados por la limitación atenten contra la explotación normal de la

---

<sup>1191</sup> Esta característica no es aplicable a los destinados a los alumnos de Educación Infantil y del primer ciclo de la Educación Primaria, lo cuales de acuerdo con lo previsto por el art. 2, apartado 3, podrán incorporar espacios en los que los alumnos puedan escribir o dibujar directamente.

obra, lo cual puede acontecer cuando precisamente ésta ha sido concebida para finalidades similares a las contempladas en la limitación. Pero éste no es el caso de los materiales didácticos o libros de texto no orientados a la enseñanza reglada —por ejemplo, aquellos que se refieran al sistema educativo de otros países, a enseñanzas no curriculares o a estudios que no conduzcan a la obtención de un título oficial—, al quedar este tipo de enseñanzas al margen de la limitación. Por otro lado, una interpretación literal, de acuerdo con el sentido propio de las palabras, apuntaría en sentido contrario.

Otro punto, cuyo análisis resulta de interés, es la eventual aplicación del art. 32.2 LPI a otras obras de naturaleza didáctica distintas de los libros de texto. Así, además de a los libros de texto, el Real Decreto citado alude a “demás materiales curriculares”, quedando comprendidos en su definición:

“tanto los materiales complementarios para uso del alumno como los de apoyo para el profesor.

Estos materiales podrán ser impresos o utilizar otro tipo de soporte. Los cuadernos de ejercicios para los alumnos deberán ser impresos. Las guías didácticas para el profesor y otros materiales de apoyo para la función docente podrán editarse también para medios audiovisuales, informáticos o multimedia. Este material tendrá siempre un carácter complementario y no podrá condicionar la autosuficiencia del libro de texto del alumno.

No tendrán el carácter de materiales curriculares aquellos que no desarrollen específicamente el currículo de una materia aunque sirvan de complemento o ayuda didáctica para su enseñanza, como pueden ser diccionarios, atlas, libros de lecturas, medios audiovisuales y otros medios o instrumental científico.” (art. 2, apartados. 4 y 5 *Real Decreto 1744/1998*).

Cabe preguntarse si los “demás materiales curriculares”, son, a efectos del art. 32.2 LPI distintos de los libros de texto y, por tanto, pueden ser utilizados conforme a la excepción; o, si por el contrario, siguiendo una interpretación finalista de la norma, quedan comprendidos en el concepto de libros de texto y, en consecuencia, al margen de los actos autorizados por la excepción. Este es uno de los casos en los que

probablemente la interpretación de la norma a la luz del test en tres pasos pudiera jugar a favor de la segunda de las opciones. Y es que de lo contrario no sólo podría estimarse que se causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, sino que, claramente, se atenta contra la explotación normal de las obras. Así, la práctica tan habitual de distribuir entre los alumnos de una clase fotocopias de ciertas páginas de un libro de ejercicios quedaría, a nuestro juicio, al margen de la excepción, por encajar en el precepto, que excluye los libros de texto.

Ya por último, nótese que, a diferencia de la definición de libros, que apunta a obras impresas o fijadas en soporte susceptibles de lectura<sup>1192</sup>, la definición de materiales curriculares es más neutra, de modo que, más allá de las obras literarias concebidas en sentido estricto, abarca también “las audiovisuales, informáticas o multimedia”. Llegados a este punto, hemos de preguntarnos si, en la línea apuntada en el párrafo anterior —el posible conflicto con “la explotación normal de la obra”—, podría forzarse una interpretación extensiva de la noción de libros hasta incluir, también, otro tipo de obras, por ejemplo, los proyectos educativos audiovisuales o multimedia. En contra de tal interpretación juega el sentido propio de las palabras utilizadas en el precepto. No obstante, nos parece adecuado adoptar una interpretación de la norma que atendiendo, al contexto y a la sociedad (“de la Información”) en la que ésta se aplica admita una interpretación extensiva de la noción de libros de texto que también dé cabida a obras no susceptibles de lectura pero que presentan las mismas características a las aquellos responden: es decir, las obras destinadas a los alumnos que desarrollan de manera autosuficiente los contenidos que abarca una asignatura.

### *b2 Los manuales universitarios*

La delimitación del concepto de manuales universitarios se nos antoja más problemática. No es casualidad que se ganara las críticas anteriormente mencionadas. Sin embargo, partiendo de una interpretación finalista del art. 32.2 y de las características anteriormente expuestas por referencia a los libros de texto, podemos concluir una definición que nos ayude a clarificar a qué se refiere el

---

<sup>1192</sup> Art. 2 Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas.

legislador. Los manuales universitarios pueden definirse como *aquellas obras destinadas al estudiante universitario que desarrollen de manera autosuficiente los contenidos que generalmente abarca una asignatura*. Esta definición está en línea con la acepción 9 que el Diccionario de la Real Academia (vigésima segunda edición) arroja del término manual: «Libro en que se compendia lo más sustancial de una materia», con la peculiaridad de que la materia debe corresponderse con una de las exigidas por el currículo de las enseñanzas universitarias. Responderán generalmente a estas características aquellas obras en cuyos títulos encontremos, precisamente, inserto el vocablo manual, lecciones o curso —*Manual de Derecho Civil*— y no las monografías especializadas, orientadas al profesional o al investigador, sin perjuicio, claro está, de que éstas sirvan de obras de consulta para los estudiantes.

### *b3 Consideraciones finales*

Compartimos en líneas generales el temor del legislador a que la utilización de los libros de texto y manuales universitarios al amparo de una limitación docente atente contra la explotación de la obra; aunque cabe argüir que, dadas las restantes restricciones del precepto —en particular las referidas a la extensión en la que las obras pueden ser utilizadas y la prohibición de la elaboración de compilaciones (art.32.2.2º)—, dicha posibilidad nos parece bastante lejana. En todo caso, hubiera resultado deseable que, al formular las restricciones cualitativas que hemos estudiado en este apartado, se hubiera adoptado una formulación acorde con el principio de neutralidad tecnológica. Aunque hemos apostado por una interpretación extensiva del concepto de libro de texto que abarque los incorporados en formato digital e, incluso, las obras no susceptible de lectura —como las obras multimedia—, lo cierto es que, especialmente en relación con el segundo de los supuestos, se hubiera salvado la problemática interpretativa si, siguiendo al legislador estadounidense<sup>1193</sup> o al francés<sup>1194</sup>, el español se hubiera referido con carácter general a las obras de naturaleza didáctica y no al término de libros, que, en su significación usual, restringe su campo semántico a obras literarias concebidas de forma lineal.

---

<sup>1193</sup> *Vid. infra* apartado III.IV

<sup>1194</sup> *Infra* apartado III.3.

## 6 La finalidad

### 6.1 Introducción. Breve referencia al Derecho comparado

Al enunciar la finalidad a la que sirven sus respectivas limitaciones docentes, la normativa interna de los diferentes Estados miembros no se desvía demasiado del texto de la DDASI: “únicamente [...] la ilustración con fines educativos” (o de investigación). Reproducen casi literalmente el tenor de la norma: Alemania<sup>1195</sup>, Francia<sup>1196</sup>, Holanda<sup>1197</sup>, Luxemburgo<sup>1198</sup> y Malta<sup>1199</sup>. Bélgica<sup>1200</sup> y Estonia<sup>1201</sup> obvian el matiz restrictivo incorporado por el adverbio “únicamente”. Otros Estados eluden la mención explícita a la “ilustración”. Así, por ejemplo, las licencias colectivas ampliadas danesas<sup>1202</sup> o finlandesas<sup>1203</sup> —ambas referidas a la utilización de la obra “en actividades educativas”—<sup>1204</sup> o la excepción checa —“para la enseñanza u otros fines de instrucción o educativos”—<sup>1205</sup>. En sentido similar, la limitación eslovaca<sup>1206</sup>, la licencia no voluntaria eslovena<sup>1207</sup>, la limitación griega al derecho de reproducción<sup>1208</sup> y la excepción lituana<sup>1209</sup>, que se refieren con carácter general a la finalidad “de enseñanza”. Más generosa, la ley lusa alude a los “fines de enseñanza y educación”<sup>1210</sup>. Algunas limitaciones

<sup>1195</sup> Sección 52a, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965.

<sup>1196</sup> L122.5.3<sup>o</sup>e), *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>1197</sup> Art. 16, *Copyright Act 1912*.

<sup>1198</sup> Art. 10.2<sup>o</sup>, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>1199</sup> Art. 9.(1)(h), *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

<sup>1200</sup> Arts. 22§1.4<sup>o</sup> bis, ter y quater, *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

<sup>1201</sup> Sección 19.2, *Copyright Act 1992*.

<sup>1202</sup> Sección 13, *Consolidated Act on Copyright 2003*.

<sup>1203</sup> Léase al respecto, V. STILL, «Finland», (2007), p. 193.

<sup>1204</sup> Recordemos, en todo caso, que la DDASI no considera las licencias colectivas ampliadas como un tipo de limitación a los derechos. *Vid. supra* Capítulo 2, apartados II.1.1.B3 y II.1.2.G2.

<sup>1205</sup> Art. 31, *Law No. 121/2000 Coll. of 7 April 2000 on Copyright, Rights Related to Copyright and on the Amendment of Certain Laws*.

<sup>1206</sup> Sección 28, *Act No. 618/2003 of 4th December 2003*.

<sup>1207</sup> Art. 49, *Copyright and Related Rights Act, of 30 March 1995, as last amended on 1 February 2006*.

<sup>1208</sup> Art. 21 *Law 2121/1993, Copyright, Related Rights and Cultural Matters*.

<sup>1209</sup> Art. 22.1, *Law on Copyright and Related Rights, de 18 de mayo de 1999, núm. VIII-1185*.

<sup>1210</sup> Art. 75.2 f), *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

nacionales especifican, además, determinadas utilidades, como la realización de exámenes —p. ej., de nuevo, los griegos<sup>1211</sup>—. No obstante, pocos aluden, como es el caso español (“ilustración de sus actividades educativas en las aulas”), al lugar específico en el que debe realizarse el acto de ilustración de la enseñanza o, en general, de educación. Letonia sí hace referencia en dos de sus limitaciones docentes a la “enseñanza presencial”<sup>1212</sup>, aunque téngase en cuenta que ambas se refieren a la utilización de obras musicales y que tal exigencia no se predica de las limitaciones docentes previstas para otras categorías de obras<sup>1213</sup>. En otros términos, la ley belga dispone que la puesta a disposición al público con fines de enseñanza se realice exclusivamente “a través de redes cerradas”, lo cual también delimita las (ciber)coordinadas en las que debe realizarse la ilustración de la enseñanza<sup>1214</sup>.

## *6.2 Normativa interna*

### *A. Antecedentes*

En el primer Borrador, al definir los fines a los que sirve el uso autorizado por el art. 32.2 propuesto, se sigue con carácter literal lo dispuesto en la DDASI: los actos autorizados por la limitación deben tener por objeto la “ilustración con fines educativos o de investigación científica”. La finalidad sufre ligeros retoques en la versión de noviembre de 2004, que alude a la “ilustración de sus actividades educativas o de investigación científica”. Es en Diciembre de 2004 cuando se elimina toda referencia a los “fines de investigación” y se inserta la apostilla de “en las aulas”.

La existencia de otras limitaciones, en particular la del artículo 37.1 LPI, sostuvo la argumentación de quienes se manifestaron a favor de eliminar toda referencia a la investigación en el art. 32.2. En este sentido se pronuncian CEDRO<sup>1215</sup>, la FGE<sup>1216</sup> y, de forma si cabe más severa, la

---

<sup>1211</sup> Art. 21 *Law 2121/1993, Copyright, Related Rights and Cultural Matters*.

<sup>1212</sup> Cfr. Sección 19.7 y 26.2 *Copyright Law*.

<sup>1213</sup> Cfr. Sección 19.2 *Copyright Law*.

<sup>1214</sup> Sobre el régimen belga, *vid. infra* apartado III.2

<sup>1215</sup> Al valorar la relación de instituciones beneficiarias contemplada en la citada versión del artículo 32.2, la entidad de gestión propone eliminar la expresión “aquellas otras que



VEGAP<sup>1217</sup> en sus respectivos escritos de alegaciones. La opinión de las citadas entidades es, sin lugar a dudas, el motivo por el que la referencia a la investigación desaparece en la siguiente versión del Borrador y también del Proyecto de Ley. A su paso por el Congreso, defienden la introducción de la referencia a la investigación científica algunas de las formaciones nacionalistas: el Grupo Parlamentario Vasco<sup>1218</sup>, el Grupo Parlamentario Catalán<sup>1219</sup> y Esquerra

---

estatutariamente tengan finalidades investigadoras...”, ya que “podría pensarse que instituciones o fundaciones privadas con departamentos de I+D con clara finalidad lucrativa, podrían acogerse a esta excepción. Entendemos que no es éste el objetivo de este artículo, y que por otra parte los centros públicos dedicados a la investigación ya están ampliamente cubiertos con las excepciones previstas en el artículo 37.1 y 37.2 actual y el 37.3 que incluye el proyecto.”

Nótese, no obstante, que en las alegaciones al proyecto de 2002, CEDRO con carácter subsidiario a la supresión del art. 32.2, había sugerido la eliminación de los fines educativos de modo que su propuesta de licencia no voluntaria se refería única y exclusivamente a los fines de investigación.

<sup>1216</sup> Así en el documento Propuestas de la Federación de Gremios de Editores de España a los Artículos Octavo y Décimo Tercero, sugiere suprimir el inciso investigación científica, esgrimiendo la siguiente argumentación:

“El uso de las reproducciones con fines de investigación científica es un uso ajeno al uso editorial y al uso didáctico. Por ejemplo, en el uso didáctico, se suponen varias o muchas copias del mismo documento. En la investigación científica, se trataría de una sola copia de cada documento para uso del investigador, aunque los documentos sean más numerosos. El uso de las copias para la investigación está muy bien cubierto en la actual Ley de Propiedad Intelectual y, en el contexto de este artículo, puede inducir a confusión, ya que se limita exclusivamente a ilustración pedagógica, por lo que es innecesaria la expresión “ilustración científica” en este Artículo.”

<sup>1217</sup> “Respecto a la actividad investigadora que se persigue tutelar con la redacción propuesta en el borrador diremos que el actual TRLPI recoge unos límites en los artículos 31, 34.2b) y 37 que garantizan ampliamente que la actividad de los investigadores no encuentre ningún freno por el ejercicio del derecho de autor, pues una cuestión es el trabajo de investigación y otra cuestión bien distinta es la explotación de este trabajo en forma de obra protegida.

Si el investigador como consecuencia del resultado de su trabajo desea divulgarlo explotándolo en cualquiera de las formas que la Ley contempla, estaremos ante una obra protegida por la Ley de Propiedad Intelectual y, en consecuencia, si incorpora obras preexistentes en el seno de su creación intelectual, registrará el artículo 9 de la Ley.

Consideramos innecesario, por injustificado, ampliar los límites al derecho de autor actualmente existentes para un hipotético beneficio de la actividad de investigación, pues ello conculcaría el artículo 9 apartado 2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, el artículo 5 apartado 5 de la Directiva y al artículo 10.2 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 20 de diciembre de 1996. “

<sup>1218</sup> Enmienda núm. 23, reproducida anteriormente en nota 1046.

Republicana<sup>1220</sup>. Cabe recordar que, además de manifestarse a favor de la extensión de este límite a tales efectos, el Grupo Parlamentario Vasco propone en la enmienda 23 la alusión al “esfuerzo personal” (entendemos que refiriéndose al “estudio personal”)<sup>1221</sup>. Tales pretensiones no son atendidas.

Al introducir la referencia a “en las aulas” el Gobierno se hace eco de las sugerencias de algunas entidades de gestión y otros representantes de titulares de derechos: a saber, CEDRO y VEGAP, cuyas propuestas introducen la expresión “dentro de las aulas”, o la FGE, que ya en 2002 había sugerido la opción finalmente adoptada por el legislador: “en las aulas”. La finalidad de las palabras citadas es acotar aún más la operatividad de la limitación, de manera que “no pueda atentar contra la explotación normal de la obra”<sup>1222</sup>. Nuevamente la reacción no se hace esperar. El propio Consejo de Estado critica abiertamente la postura del Ministerio, al estimar que la referencia a “en las aulas”:

“puede resultar demasiado excluyente (o incluso irrazonable, por el trato desigual que supone) respecto de las enseñanzas a distancia, *en línea*, o no presenciales en general, enseñanzas estas

---

<sup>1219</sup> *Vid. supra* Enmienda núm. 92 en nota 1050.

<sup>1220</sup> Enmienda núm. 132, en nota 1048.

<sup>1221</sup> Enmienda núm. 23, reproducida anteriormente en nota 1046.

<sup>1222</sup> La argumentación de VEGAP es ilustrativa al respecto: “Nuestra propuesta se fundamenta en que los beneficiarios del límite para ilustración de la enseñanza son los profesores, es decir, el personal docente y no las instituciones docentes a favor de las cuales los profesores desarrollan su actividad. El bien jurídico que tutela la implantación de este límite lo constituye el facilitar la actividad del profesorado en el desarrollo de la enseñanza. Por otra parte, justificamos el que se acote el límite a la actividad educativa que se desarrolla dentro de las aulas, para evitar la posibilidad de dar cabida a cualquier acto de explotación de las obras, con independencia de que esta explotación tenga o no carácter comercial. De esta forma, atendemos a la “regla de los tres pasos” que fija el artículo 9 apartado 2 del Convenio de Berna, de manera que la reproducción a realizar sobre la base del límite no atente a la explotación normal de las obras.” Escrito de alegaciones de noviembre de 2004.

Y en términos similares defiende su postura la FGE: “Se concreta la autorización para “la utilización en el aula”. El uso de copias con fines didácticos o de enseñanza se produce en el ámbito del aula o con destino a su uso en el aula. Se pretende con ello evitar los usos espurios que sistemáticamente se vienen haciendo de las copias.” Escrito de alegaciones de noviembre de 2004.

que deberían estar también listadas junto a la presencial “en las aulas”.”

Su opinión fue defendida tanto por los representantes de los usuarios en sus comparecencias ante las Cortes<sup>1223</sup> como por las representaciones políticas. En el Congreso, proponen eliminar toda referencia a las aulas el Grupo Parlamentario Vasco<sup>1224</sup> (enmienda núm. 23), el de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Els Verds<sup>1225</sup> (enmienda núm. 28), el Catalán<sup>1226</sup> —aunque este último remite a desarrollo reglamentario las condiciones para el disfrute de este límite— y Esquerra Republicana<sup>1227</sup>, coincidiendo sus justificaciones con las vertidas por el Consejo y argumentando que la propia DDASI, como hemos visto, explícitamente alude a la educación a distancia.

## B. Derecho vigente

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 32.2 LPI el límite deberá ejercerse por el profesorado únicamente “para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas”. La expresión “la ilustración de sus actividades educativas en las aulas” intenta precisar la más general de “ilustración con fines educativos”, que aparece tanto en la DDASI como en el primer Borrador.

Recordemos, en primer lugar, que el término “ilustración” está también presente en los correspondientes textos de Berna —“a título de

---

<sup>1223</sup> FACUA no oculta su extrañeza: “Creemos que se ha intentando hilar tan fino que se han obviado aspectos tan básicos como, por ejemplo, ¿por qué en las aulas? ¿Por qué si el profesor va a un salón de actos o quiere dar la clase en un parque entonces sí tendría que pedir autorización y si lo hace dentro del aula no?”. FESABID muestra abiertamente su preocupación: “Consideramos que es un límite cuya redacción debe ser mejorada, debe permitir aceptar de forma clara la educación a distancia —ahora mismo, por la redacción del proyecto, se podría deducir que esa educación a distancia quedaría fuera de ese límite, cuando justamente la directiva hablaba de ese límite a favor de la educación a distancia— y sobre todo debe ser un límite que quizás sería bueno introducir, dejando su definición para un reglamento futuro.” DS, Congreso de los Diputados, núm. 393, de 18/10/2005, en particular pp. 29 y 35.

<sup>1224</sup> Reproducida anteriormente en nota 1046.

<sup>1225</sup> Reproducida en nota 1047.

<sup>1226</sup> *Vid. supra* nota 1050.

<sup>1227</sup> Texto *ut supra*, en nota 1048.

ilustración de la enseñanza”— y la DDASI —“ilustración con fines educativos”—. Y tal y como en los comentarios respectivos hemos defendido<sup>1228</sup>, su significación viene a clarificar o, incluso, limitar los fines tipificados en la norma. En efecto, no pueden considerarse para la ilustración de la enseñanza o con fines educativos las utilizaciones que pretenden única y exclusivamente embellecer o divertir a la comunidad educativa. Además, la expresión “ilustración de la enseñanza/con fines educativos” es sin duda más restrictiva que simplemente “con fines de enseñanza o educativos”.

No obstante, el término “ilustración” sigue resultando impreciso<sup>1229</sup>. Como hemos comentado al analizar la DDASI, de las acepciones que arroja el Diccionario de la Real Academia<sup>1230</sup> sobre “ilustrar”, creemos que dos pueden resultar aplicables al término, teniendo en cuenta el precepto en el que se ubica. La primera, sin duda más restrictiva, se refiere al acto de “aclarar un punto o materia con palabras, imágenes, o de otro modo”. En la segunda, se limita a señalar dos verbos “instruir, civilizar”. Según la acepción escogida, podrán ser actos de ilustración de actividades educativas bien solamente aquellos que se refieran a las aclaraciones que resulten necesarias para la explicación de la materia (conforme a la acepción expuesta en primer lugar), bien todos los necesarios para la instrucción de la enseñanza en sí misma (conforme a la segunda).

La referencia a “sus actividades educativas” ha de vincularse con los requisitos subjetivos de la limitación: el profesorado de educación reglada. Así, las utilizaciones autorizadas por la limitación sólo podrán servir a la ilustración efectuada por los profesores (sus) en la instrucción llevada a cabo en el marco de la enseñanza reglada (actividades educativas).

La alusión a “en las aulas” nos plantea diferentes cuestiones. La primera: ¿qué debe realizarse “en las aulas”: la ilustración de las

---

<sup>1228</sup> *Ut supra*: Capítulo 2 apartados I.1.2.C, para Berna, y II.1.2.D, respecto a la DDASI.

<sup>1229</sup> En este sentido se pronunciaron en sus correspondientes escritos de alegaciones los diferentes agentes interesados. Consúltense en particular los documentos aportados por CEDRO, FESABID y la FGE en las diferentes fases del proceso de elaboración de la norma.

<sup>1230</sup> Nos hemos servido de la Vigésima Segunda Edición.

actividades educativas o, también, los actos de reproducción, comunicación pública y/o distribución? Al comentar el ámbito subjetivo de aplicación nos hemos pronunciado a favor de una interpretación finalista y extensiva del precepto que permita que los actos de explotación se realicen por un tercero *en nombre o por encargo* de los profesores, ya que no parece exigible que estos últimos dispongan de los medios técnicos necesarios para proceder a determinados actos de explotación. Más “inexigible” se nos antoja la pretensión de que *todas* las aulas de *todas* las instituciones educativas en las que se imparte enseñanza reglada estén equipadas con escáneres, fotocopiadoras o grabadoras de audio y vídeo. De ahí que, como expondremos a continuación, no consideremos necesario que *todos* los actos de explotación necesarios para proceder a la ilustración de la enseñanza mediante la utilización de una obra protegida sean llevados a cabo “en el aula”.

Para resolver la cuestión apuntada ha de partirse de la distinción entre “actos de explotación preparatorios” y “actos de explotación finales”. Aquellos serán llevados a cabo allá donde se encuentren los medios técnicos que posibiliten, por ejemplo, la reproducción de la obra, mientras que los actos finales que también, qué duda cabe, pueden ser realizados a través de instrumentos técnicos, deberán perfeccionarse en el aula. Pensamos, por ejemplo, en la fotocopia de un fragmento de una obra literaria para su posterior distribución en la clase, la digitalización de una obra en formato analógico para su ulterior puesta a disposición a los alumnos, o la grabación de un fragmento de una película para su visionado en el aula. Todas las reproducciones aludidas —fotocopia, digitalización y grabación— son actos preparatorios de explotación de la obra para su explotación *a posteriori* —la distribución, puesta a disposición o comunicación pública de las obras—. De acuerdo con las consideraciones esgrimidas, consideramos que sólo las últimas manifestaciones —en las que se “actualiza” la actividad de ilustración— deberán ser realizadas “en las aulas”. De lo contrario, si asumimos que también los actos preparatorios deben cumplir este requisito, entonces el alcance efectivo de la limitación que estamos estudiando resultaría insignificante, quedando reducido, la mayoría de las veces, al absurdo.

Dicho esto, toca dilucidar qué hemos de entender por “en las aulas”. A diferencia del término “clases”, la alusión a las aulas lleva implícita una significación espacial. Aula será el lugar específicamente concebido para impartir docencia. Si nos atenemos al significado normal de las palabras, claramente quedan al margen del concepto de aula, con todas las críticas que ello pueda suscitar, las clases impartidas en otros lugares, p. ej., en medio de la naturaleza para el caso de los cursos de biología o en un museo tratándose de cursos de arte.

Por otro lado, se ha entendido que aulas hace referencia a espacios “físicos” por contraposición a espacios “virtuales”. De acuerdo con esta interpretación, el art. 32.2 LPI ampara sólo las clases presenciales y no la enseñanza en línea. Tal distinción, lo hemos comprobado apenas unas páginas atrás, motivó las críticas del Consejo de Estado y varias de las enmiendas formuladas ante el Congreso y el Senado<sup>1231</sup>. En efecto, el silencio de los autores de la propuesta ante las críticas formuladas y la desaparición de la alusión a la educación a distancia de la parte expositiva de la norma —tal y como ocurría en el Borrador de 2002—<sup>1232</sup>, parece confirmar que ésta es la intención del legislador.

No obstante, una interpretación literal del precepto, más deseable a nuestro juicio y apoyada por algunas voces de nuestra doctrina<sup>1233</sup>, admite una conclusión en sentido contrario: ¿o no es también “aula” el “espacio” dedicado a la docencia en las plataformas virtuales de las instituciones educativas? Tal interpretación, respetuosa con el principio de neutralidad tecnológica, resulta acorde con la realidad de los tiempos y con las últimas iniciativas del legislador<sup>1234</sup>. Los titulares de

---

<sup>1231</sup> *Vid. supra* apartado 6.2.A.

<sup>1232</sup> *Vid. supra* nota 1024, donde se reproduce parte de la Memoria Justificativa del Borrador de noviembre de 2002.

<sup>1233</sup> En el mismo sentido J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *La Ley de Propiedad Intelectual...*, (2006), p. 36: «Por las aulas habrá que entender (como la ley no distingue) que puede comprender aulas presenciales y las muy en boga aulas virtuales». Aunque advierte que «habrá que seguir muy de cerca la aplicación de este límite al contexto digital de la enseñanza en línea». Nótese que C. GARRIGUES parece entender que precisamente este requisito exige que la puesta a disposición al público se realice a través de redes cerradas; en «Spain», (2007), p. 422.

<sup>1234</sup> Recordemos la referencia a las bibliotecas digitales en la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas. *Vid. supra* apartado I.1.1 *in fine*.

derechos, dadas las rigurosas restricciones que incorpora el art. 32.2 LPI, no tienen por qué temer por sus intereses. Volveremos sobre este punto al analizar, en el apartado III.5 de este Capítulo, la aplicación del art. 32.2 LPI a la enseñanza en línea.

*7 La cláusula general: (“en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”)*

La alusión a la cláusula general contemplada en el Derecho comunitario: “en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”, la reproducen de forma más o menos literal algunos Estados miembros. Es el caso de Holanda<sup>1235</sup>, Luxemburgo<sup>1236</sup> y Malta<sup>1237</sup>. Lituania elude la alusión al término comercial<sup>1238</sup>. Por el contrario, la mayoría de los ordenamientos se limitan a incidir en el carácter no comercial del uso. Así Francia<sup>1239</sup>, Eslovaquia<sup>1240</sup>, Estonia<sup>1241</sup> o Portugal<sup>1242</sup>. Bélgica, en su limitación relativa a la comunicación de obras a través de redes cerradas<sup>1243</sup>, tras especificar que la puesta a disposición al público no ha de perseguir un fin lucrativo, incorpora los criterios del test en tres pasos en el precepto. El legislador francés también ha dispuesto la aplicación del test en tres pasos para todas las limitaciones contempladas en el art. L122-5<sup>1244</sup>, al igual que hace en el art. 75.4 su homónimo portugués<sup>1245</sup>. Grecia, tras requerir que los actos autorizados por la limitación no impidan la explotación normal de la obra, requiere, además, que se lleven a cabo de acuerdo con las “buenas

<sup>1235</sup> Art. 16, *Copyright Act 1912*.

<sup>1236</sup> Art. 10.2°, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d’auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>1237</sup> Art. 9.(1)(h), *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

<sup>1238</sup> Art. 22, *Law on Copyright and Related Rights, de 18 de mayo de 1999, núm. VIII-1185*.

<sup>1239</sup> L122.5.3°e), *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>1240</sup> Sección 28, *Act No. 618/2003 of 4th December 2003*.

<sup>1241</sup> Sección 19.2, *Copyright Act 1992*.

<sup>1242</sup> Art. 75.2(f), *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

<sup>1243</sup> Art. 22§1.4° quater, *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d’auteur et aux droits voisins*.

<sup>1244</sup> La citada disposición dispone en su párrafo antepenúltimo: “Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l’exploitation normale de l’oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l’auteur.”

<sup>1245</sup> “Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor”. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

costumbres”<sup>1246</sup>. Un requisito similar es incluido en la norma holandesa, que alude a los “usos sociales”<sup>1247</sup>.

El legislador español sigue el modelo enunciado en primer lugar. Es decir, transcribe *cuasi* literalmente lo dispuesto en la DDASI. De ahí que nos remitamos a lo expuesto en el apartado II.1.2.E del Capítulo 2. Recordemos que allí dividíamos nuestro análisis en, por un lado, la “finalidad no comercial” y, por otro, la referencia a la “medida justificada por la finalidad [...] perseguida”.

Respecto al primer punto, concluíamos que la finalidad no comercial podría predicarse del acto específico de explotación de la obra y de la actividad de enseñanza en sí misma<sup>1248</sup>. En todo caso, tal y como especifica el Considerando 42 DDASI, la estructura institucional y los medios de financiación de la entidad no son los factores decisivos al respecto, por lo que también podrá beneficiarse de la limitación el profesorado de educación reglada de instituciones privadas siempre que las actividades en las que se encuadre el uso no tengan una finalidad comercial.

Respecto al segundo punto, el alcance de la cláusula general —enunciada, además, en términos similares a los previstos en Berna— aludíamos al necesario análisis de proporcionalidad entre la extensión en la que se utiliza la obra y la finalidad específica del uso: la obra podrá ser utilizada sólo en la medida de lo necesario para ilustrar la actividad de enseñanza llevada a cabo por el docente. No se toleran, por tanto, ni usos superfluos de la obra ni usos que vayan más allá de lo estrictamente necesario para realizara la ilustración de las actividades educativas.

---

<sup>1246</sup> Art. 21, *Law 2121/1993, Copyright, Related Rights and Cultural Matters*.

<sup>1247</sup> Art. 16, *Copyright Act 1912*.

<sup>1248</sup> *Vid. supra* Capítulo II, apartado II.1.2.E1.



## 8 *El reconocimiento a la fuente y el autor*

Recordemos que la DDASI, tras ciertas vacilaciones en relación con la redacción del precepto<sup>1249</sup>, autoriza la limitación prevista con fines docentes “siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor”. En general casi todos los Estados miembros contemplan la exigencia del reconocimiento de la fuente y el autor. Siguen de forma *cuasi* literal la formulación citada Bélgica<sup>1250</sup>, Luxemburgo<sup>1251</sup> y Malta<sup>1252</sup>. Lituania, contentándose con una expresión muy cercana a la propuesta en la Posición Común del Consejo<sup>1253</sup>, se limita a aludir a “cuando sea posible”<sup>1254</sup>. Holanda, en términos similares, exige que se indique “claramente” la fuente y el nombre del autor en tanto ello resulte “razonablemente posible”<sup>1255</sup>. También la “claridad” es un requisito exigido para la limitación francesa<sup>1256</sup>, que no incluye —como los ejemplos citados— ninguna advertencia respecto a la “posibilidad/imposibilidad” de la alusión a la fuente y el autor—. Otros Estados, de forma más laxa, supeditan el reconocimiento de la autoría —y en el caso heleno al editor— a la exigencia de que ésta aparezca indicada en la copia que sirve a la utilización —, así Eslovenia<sup>1257</sup> y Grecia<sup>1258</sup>.

El art. 32.2 LPI se preocupa igualmente de salvaguardar los derechos morales del autor. Y ello lo hace, en primer lugar, exigiendo que todo acto autorizado se realice siempre y cuando la obra haya sido previamente divulgada. También hacen referencia a este requisito la

<sup>1249</sup> Supra, Capítulo 2, apartado II.1.2.H.

<sup>1250</sup> Arts. 22§1.4° bis, ter y quater, *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

<sup>1251</sup> Art. 10, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>1252</sup> Art. 9.(1)(h), *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

<sup>1253</sup> *Vid.* Supra Capítulo 2, apartado II.1.2.H. Recordemos que en la Posición Común se proponía incluir la siguiente expresión: “siempre que se indique, cuando sea posible, la fuente, con inclusión del nombre del autor”.

<sup>1254</sup> Art. 22, *Law on Copyright and Related Rights, de 18 de mayo de 1999, núm. VIII-1185*.

<sup>1255</sup> Art. 16.4°, *Copyright Act 1912*.

<sup>1256</sup> L122.5.3°e), *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>1257</sup> Arts. 47 y 49, *Copyright and Related Rights Act, of 30 March 1995, as last amended on 1 February 2006*.

<sup>1258</sup> Art. 21 *Law 2121/1993*.

legislación belga<sup>1259</sup> y la francesa<sup>1260</sup>. Se garantiza así el respeto a lo dispuesto en el art. 14.1 de la LPI<sup>1261</sup>. El respeto a los derechos morales exige igualmente que “salvo en los casos en los que resulte imposible se incluyan el nombre del autor y la fuente”<sup>1262</sup>. En este punto, el legislador español no se separa ni una coma del texto de la DDASI, por lo que nuevamente nos remitimos a los comentarios vertidos en el Capítulo 2, apartado II.1.2.H, respecto al alcance de la expresión citada. Allí barajábamos diferentes supuestos en los que podría apreciarse la imposible alusión a la fuente y el autor. En tales casos, concluíamos, las utilizaciones autorizadas por la limitación no quedan prohibidas<sup>1263</sup>, sino que se exonera a los usuarios de la obligación.

---

<sup>1259</sup> Arts. 22§1.4° bis, ter y quater, *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d’auteur et aux droits voisins*.

<sup>1260</sup> Art. L.122-5 *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>1261</sup> “Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.”

<sup>1262</sup> Dicha expresión se mantuvo en todos y cada uno de los borradores, si bien fue criticada en el proceso de alegaciones, por considerar que no se garantizaba de manera suficiente el reconocimiento de la autoría. La Dirección General del Libro Archivos y Bibliotecas, de la Dirección General de Cultura de la Generalitat Valenciana, en su Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Borrador de noviembre de 2002) propuso introducir al adverbio objetivamente —“salvo en los casos en que resulte objetivamente imposible”-, de modo que no se deje “al arbitrio de quien utiliza el derecho de cita la decisión de la posibilidad o imposibilidad de citar el autor y la fuente”. También VEGAP (Escrito de alegaciones de 2002) criticó la expresión utilizada en el Borrador de Noviembre de 2002: “la expresión “salvo cuando resulte imposible” para limitar la exigencia de expresión de la fuente y del nombre del autor de la obra utilizada, constituye un grave perjuicio (no justificado en absoluto) al legítimo derecho del titular del derecho de autor, en este caso, nada menos que a su derecho moral a exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.” Posteriormente en las alegaciones a 2004, propone “sustituir la expresión: “...salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente...” por “...indicando la fuente y el nombre del autor si éste se conociera...”. Justificamos nuestra propuesta en que es más adecuada a la finalidad perseguida, que no es otra, que el respeto al derecho moral del autor relativo a la paternidad de la obra (artículo 14 apartado 3º del TRLPI). La expresión “...que resulte imposible...” es muy indeterminada pues en ella no se infiere si el término “imposibilidad” atiende al conocimiento del nombre del autor, a la imposibilidad de plasmarlo o a la imposibilidad de averiguarlo. Por ello, si se mantuviese la redacción del borrador, se dejaría una puerta abierta para que se pudiera violar el derecho moral del autor bajo la invocación de una imposibilidad genérica.” Los mismos argumentos presenta en su comparecencia ante el Congreso.

<sup>1263</sup> En el mismo sentido: C. MESA, «Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación...», (2005), pp. 129 y 130.

## 9 El régimen especial de las compilaciones

### 9.1 La realización de las compilaciones en otros ordenamientos

Al presentar en el Capítulo 1 las diferentes categorías de limitaciones educativas (apartado I.2), distinguíamos entre limitaciones con fines de enseñanza y otras limitaciones vinculadas con la educación. A su vez, en el primer grupo diferenciábamos entre limitaciones (estrictamente) docentes —aquellas que sirven al acto específico de instrucción— y limitaciones referidas a la “incorporación de obras protegidas en otras obras o materiales de naturaleza didáctica”. A esta última categoría responden, precisamente, las limitaciones que permiten la elaboración de dossiers de lecturas o de otras obras protegidas o materiales —con frecuencia denominados *coursepacks*— que sirven para desarrollar, ilustrar o profundizar en el contenido de una asignatura. Como es sabido, esta práctica es muy habitual tanto en los institutos como, especialmente, en las universidades. No son pocos los casos en los que los profesores, con sus mejores intenciones, preparan un conjunto de materiales para que sea fotocopiado y distribuido entre los alumnos. A menudo, estas compilaciones o dossiers cumplen las funciones que unas páginas atrás atribuíamos a los libros de texto o a los manuales universitarios. Algunas entidades dedicadas a la gestión o intermediación de derechos de propiedad intelectual otorgan licencias específicas a tal efecto. Es el caso de las licencias académicas otorgadas por el *Copyright Clearance Center* en los Estados Unidos<sup>1264</sup>.

La DDASI —a diferencia, como veremos, de la LPI—no se pronuncia en contra de este tipo de prácticas que, tradicionalmente, podrían encuadrarse en las denominadas *schoolbook clauses*<sup>1265</sup>. Generalmente, las limitaciones previstas a tal efecto en los ordenamientos internos de los Estados miembros aparecen bajo la forma de licencias no voluntarias. Así, las contempladas en la legislación eslovena<sup>1266</sup>, la alemana —que establece el procedimiento a seguir para notificar el propósito al editor—<sup>1267</sup>, la limitación danesa —que condiciona el ejercicio de la

<sup>1264</sup> <http://www.copyright.com/ccp/viewPage.do?pageCode=ac1-n>

<sup>1265</sup> *Vid. supra* Capítulo 1 apartado I.2.2.C

<sup>1266</sup> Art. 47, *Copyright and Related Rights Act (Official Gazette No 16/2007)*.

<sup>1267</sup> Sección 46, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

limitación a que haya pasado un lapso de 5 años desde la publicación de la obra—<sup>1268</sup> o la licencia obligatoria italiana<sup>1269</sup>. No obstante, cabe destacar que las limitaciones citadas parecen más orientadas a proyectos editoriales que a la preparación de antologías o crestomatías por el profesorado de las instituciones educativas. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.3 a) DDASI, las *schoolbook clauses* no pueden autorizar la confección de obras con fines comerciales —lo que ocurrirá a menudo con los proyectos editoriales—<sup>1270</sup>. Por lo tanto, en tales supuestos los Estados sólo podrán prever limitaciones bajo la técnica de la gestión colectiva no obligatoria.

## *9.2 La prohibición de las compilaciones en el art. 32.2.2° LPI*

### A. Antecedentes

Ni el Borrador de 2002 ni el de noviembre de 2004 incluyen referencia alguna a las compilaciones. La primera voz que hace saltar la alarma sobre el peligro de las compilaciones es la de la FGE, que, en sus alegaciones al texto de 2002, más concretamente en su Anexo de propuestas a los artículos octavo y decimotercero, propone la inserción del siguiente párrafo:

“No se incluyen en esta autorización las compilaciones de partes, fragmentos o extractos de varias obras, que requerirán siempre la autorización de sus autores y generarán los correspondientes derechos a favor de los mismos.”

Detengámonos un momento en la justificación que se esgrime para tal propuesta:

“Se trata de evitar con este párrafo uno de los abusos más flagrantes de la copia que se está haciendo en el mundo de la enseñanza, universitaria o no. La práctica de los llamados

---

<sup>1268</sup> Art. 18, *Consolidated Act on Copyright 2003*.

<sup>1269</sup> Arts. 70.2, *Legge 22 aprile 1941, n.633, recante protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*. El art. 22 del reglamento de desarrollo de la ley delimita la extensión en la que pueden utilizarse las obras y determina el procedimiento a seguir para cuantificar la remuneración en caso de desacuerdo entre las partes, *R.D. 18 maggio 1942, n. 1369, Regolamento per esecuzione della Legge 22 aprile 1941, n. 633, per la protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

<sup>1270</sup> *Vid. supra* Capítulo 2 apartado II.1.2.F.

“dossieres”, “readings” o “lecturas” puede ser calificada de hecho como piratería editorial en la inmensa mayoría de los casos. Una legítima autorización para el uso de obras ajenas con fines docentes no puede amparar una práctica descaradamente defraudatoria, que atenta directamente contra la creación y la edición científico-técnica, universitaria o escolar. Proponemos la palabra “compilaciones”, porque nos ha parecido la más adecuada para recoger las múltiples variedades bajo las que se enmascara esta práctica. [...]”

Posteriormente, en las alegaciones al Borrador de noviembre de 2004, CEDRO y la VEGAP presentan propuestas<sup>1271</sup> muy similares a la de la FGE. Tales inquietudes son recogidas por el Gobierno, que incorpora al Borrador de diciembre de 2004, un párrafo 2º que se corresponde con el texto actualmente vigente:

“No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”

## B. Derecho vigente

El art. 32.2 se posiciona contra las prácticas, a menudo excesivas, que tienen lugar en los centros educativos. Como apuntábamos unos párrafos atrás, la preparación de dossiers con extractos de obras y, a veces, con copias de obras enteras —y no especialmente breves— es un hábito de muchos docentes que puede, sin embargo, causar importantes perjuicios a los titulares de derechos. Es más, puede incluso llegar a afectar la explotación normal de la obra, si tenemos en cuenta que, en

---

<sup>1271</sup> En el caso de CEDRO, adicionar el siguiente párrafo al art. 32.2: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos que anteceden, no se podrán elaborar, reproducir, distribuir ni comunicar compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras sin la autorización de los titulares de derechos”; (Escrito de alegaciones de noviembre de 2004). Y en el de la VEGAP, la inclusión de un párrafo similar: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, no se podrán elaborar, reproducir, distribuir ni comunicar públicamente compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico o análogo sin la autorización de los titulares de los derechos.» La entidad lo justifica “en la necesidad de aclarar explícitamente el alcance de la excepción y evitar con ello abusos amparados en interpretaciones erróneas”; (Escrito de alegaciones de noviembre de 2004).

aquellos países en los que existen mecanismos de licencia efectivos para la preparación de *coursepacks*, las remuneraciones obtenidas en virtud de las mismas pueden configurarse como una fuente importante de ingresos para determinado tipo de obras. El legislador español declara de manera explícita la ilicitud de este tipo de prácticas, aunque lo cierto es que la redacción del precepto es bastante desafortunada.

El art. 32.2.2º dispone que “No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”. Siguiendo una interpretación literal del precepto, el citado artículo parece prohibir la utilización de las compilaciones en sí mismas o de obras *ya incluidas* en compilaciones preexistentes —por ejemplo en una antología poética o musical o incluso en una base de datos— y no la “elaboración” y su consecuente reproducción y ulterior comunicación pública o distribución de las compilaciones elaboradas con fines de ilustración de la enseñanza que es lo que, a nuestro juicio, pretende —o debiera— prohibirse.

Una interpretación en el sentido apuntado en primer lugar nos llevaría a afirmar que un profesor de educación reglada no podría utilizar en sus clases una antología poética o digitalizar una obra de Picasso extraída de una antología de la pintura española y proyectarla en su clase de arte, si ello no es autorizado de manera expresa por el titular de derechos. Un tratamiento diferenciado para las compilaciones —en realidad obras compuestas o colecciones ya que son las únicas a las que podría afectar el art. 32.2.2º LPI<sup>1272</sup>— o para las obras incorporadas en las compilaciones —en este caso definidas en sentido amplio— no resulta justificado. Los ejemplos anteriormente referenciados no nos parece que merezcan reproche alguno ni que, por tanto, deba prohibirse. Aunque, eso sí, la conclusión podría ser distinta si precisamente las compilaciones tienen una naturaleza didáctica, al

---

<sup>1272</sup> Nótese que de optarse por esta primera interpretación y, además, estimar que el precepto resulta aplicable a todo tipo de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras, se estaría institucionalizando una suerte de derecho *sui generis* más amplio que el tipificado para las bases de datos.

estimarse que tal uso podría atentar contra la explotación normal de las obras.

La segunda de las interpretaciones sugeridas —la prohibición relativa a la “elaboración” con la consecuente reproducción y ulterior comunicación pública o distribución de las compilaciones y de las obras a ellas incorporadas—, parece más acorde con las justificaciones esgrimidas por los diferentes agentes interesados a lo largo del proceso de preparación de la norma<sup>1273</sup> y con la interpretación que la doctrina ha dado al precepto<sup>1274</sup>. Una interpretación en este sentido exigiría la correspondiente autorización para que, siguiendo con un ejemplo similar a los anteriores, el citado profesor procediera a la elaboración de una compilación de imágenes de obras de arte contemporáneo y la distribuyera o la pusiera a disposición de sus alumnos. Como hemos avanzado, entendemos que este tipo de uso, y no el relativo a la utilización de obras previamente incorporadas en una compilación, es el que, principalmente, pretende prohibir el legislador.

Es por ello que más acertadas nos parecen, en este punto, las propuestas de CEDRO o de la VEGAP<sup>1275</sup> que acogen de manera explícita el término “elaborar”, al igual que hace la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso<sup>1276</sup>. Otra opción, tal vez más acorde con nuestra tradición jurídica, podría ser la alusión a la “inclusión de obras” en compilaciones (así en la regulación del derecho de cita, art. 32.1) o, siguiendo la terminología de Berna y de la DDASI, la mera referencia a la “utilización” en compilaciones.

Por otro lado, también puede resultar conflictivo dilucidar a qué tipo de compilaciones se refiere el legislador cuando alude a “compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”. No serán pocos los casos en los que las compilaciones, los *dossiers de lecturas o de otros materiales*, no lo sean sólo de obras protegidas, sino que estén acompañados de materiales no

---

<sup>1273</sup> Reproducidas en la nota 1271.

<sup>1274</sup> R. BERCOVITZ, « Los derechos de autor y los límites... », (2006), pp. 56 y ss.

<sup>1275</sup> Recientemente reproducida en la nota 1271.

<sup>1276</sup> Enmienda núm. 108, reproducida en nota 1049.

protegidos o, incluso, de obras que cuenten con la debida autorización, como pueden ser las notas o publicaciones propias de los profesores que los preparan u obras licenciadas bajo licencias del tipo de las *creative commons*. Cabe preguntarse si también en los supuestos en los que las obras protegidas (y no autorizadas) representen una parte mínima de la compilación juega la exclusión contemplada en el párrafo final del art. 32.2 LPI. A falta de una mención específica, una interpretación estricta y literal de la expresión utilizada por el legislador parece exigir que las citadas compilaciones se compongan “exclusiva” o, siendo más generosos, “principalmente” de obras o fragmentos de obras protegidas. En este sentido, podría entenderse, por ejemplo, que la utilización de algunas obras protegidas en el dossier de lecturas de un curso compuesto por los apuntes propios del profesor y materiales no protegidos por la propiedad intelectual, no infringe lo dispuesto en el art. 32.2.2°. Eso sí, para realizarse al amparo del art. 32.2.1° tal dossier deberá tener como finalidad principal la ilustración de las actividades educativas en las aulas y no el mero estudio individual de los alumnos. Recordemos en este punto el art. 30 de la ley canadiense, autoriza la elaboración de colecciones didácticas que incorporen extractos cortos de obras literarias siempre que la colección esté compuesta principalmente de materiales no protegidos<sup>1277</sup>. En términos similares se pronuncia la excepción contemplada para las antologías docentes en la normativa británica<sup>1278</sup>.

Habría de valorarse, no obstante, si la aplicación del art. 40 bis pudiera exigir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, una interpretación amplia del término compilaciones, que incluya las compuestas por obras protegidas y otros materiales no protegidos por los derechos de propiedad intelectual cuando éstos últimos formen el grueso de la compilación. Llegado el caso, podría sostenerse que también la incorporación de obras protegidas a estos “dossiers” de lecturas u otros paquetes de materiales preparados *ad hoc* para un determinado curso podría llegar a perjudicar los intereses legítimos del autor e, incluso, atentar contra la explotación normal de la obra.

---

<sup>1277</sup> Art. 30 *Copyright Act* (R.S. 1985, c. C-42).

<sup>1278</sup> Section 33, *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988.



Pese a que compartimos las inquietudes de los titulares de derechos y consideramos que, en ningún caso, una limitación que legitimase con carácter gratuito la elaboración de compilaciones de obras protegidas con fines didácticos —de los famosos dossiers de fotocopias— superaría el test en tres pasos, no creemos que la opción implementada sea la única que se podría haber adoptado ni, en todo caso, la más aconsejable. Lamentablemente el legislador ni siquiera se ha planteado —y enlazamos ya con lo dispuesto en el siguiente punto— la instauración de un régimen de licencia no voluntaria, si cabe subsidiario, relativo a tales prácticas. Tal opción dependiendo de los términos en los que fuese redactada, podría ser conforme a lo exigido por el art. 5.5 DDASI y, más respetuosa con las necesidades de la enseñanza, hubiera servido para paliar las dificultades a las que se enfrentan las instituciones educativas que, de buena fe, intentan obtener las correspondientes licencias para la elaboración de los dossiers.

No hemos de pasar por alto que, con frecuencia, especialmente en las enseñanzas universitarias, no existe un único “manual” que de manera completa desarrolle los contenidos de una asignatura, y es bastante “inocente” pretender que los alumnos adquieran las diferentes fuentes —especialmente si atendemos a los precios del mercado— o “todos a una” las consulten y tomen prestadas de los fondos —necesariamente limitados— de los que disponen las bibliotecas para posteriormente utilizarlas en las clases (o, en su caso, pero esto ya excede del ámbito de aplicación de las limitaciones con fines de enseñanza, para su estudio privado).

El recurso a las licencias no voluntarias, incluso previstas con carácter subsidiario, no es, por otro lado, ajeno a nuestro Derecho. La más reciente, incorporada precisamente en la última reforma de la LPI, se refiere a un supuesto de hecho no muy lejano al contemplado en el párrafo segundo del art. 32.1, que, además, admite usos comerciales. Nos referimos a la limitación contemplada para las revistas de prensa en el art. 32.1.2º de la LPI:

“Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que

consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.”

Siguiendo a R. BERCOVITZ, «si se admite como límite la recopilación de prensa siempre que no esté expresamente prohibida por los autores (o sus causahabientes), y siempre que se acompañe de una remuneración equitativa, parece que ese sería un régimen preferible para las compilaciones o agrupaciones a las que se refiere el art. 32.2, párrafo 2º, que la rotunda negación de la excepción que en el mismo se establece»<sup>1279</sup>.

### *10 Técnica de restricción*

Ya por último nos resta introducir una pequeña reflexión sobre la técnica de restricción prevista por el legislador español para la limitación con fines docentes. En el Capítulo 1 de esta tesis exponíamos las diferentes técnicas de restricción que podían adoptarse para la configuración de las limitaciones<sup>1280</sup>. Aludíamos así a las excepciones o usos gratuitos y a las licencias no voluntarias (legales y obligatorias). Entre las técnicas de restricción incluíamos igualmente la gestión colectiva no voluntarias, diferenciando entre la gestión colectiva obligatoria y las licencias colectivas ampliadas. Tales soluciones quedan al margen del concepto de “excepciones y limitaciones” utilizado en la DDASI<sup>1281</sup>, por lo que, de adoptarse, pueden incluso relacionarse con usos más amplios que los previstos en la lista de excepciones y limitaciones contemplada en el art. 5 de la norma comunitaria. Pues bien, si nos detenemos en las diferentes limitaciones docentes previstas en los Estados miembros, observamos que se ha hecho uso de todos estos modelos.

---

<sup>1279</sup> R. BERCOVITZ, en «Los derechos de autor y los límites...», (2006), p. 59.

<sup>1280</sup> *Vid.* supra Capítulo 1, apartado II.2.

<sup>1281</sup> *Supra* Capítulo 2, apartados II.1.1.B3 y II.1.2.G2.

Se corresponden con usos gratuitos las limitaciones docentes contempladas en la normativa checa<sup>1282</sup>, estona<sup>1283</sup>, griega<sup>1284</sup>, lituana<sup>1285</sup>, luxemburguesa<sup>1286</sup>, maltesa<sup>1287</sup> y portuguesa<sup>1288</sup>. Se contemplan licencias no voluntarias en Alemania<sup>1289</sup>, Bélgica<sup>1290</sup>, Francia<sup>1291</sup> y Holanda<sup>1292</sup>. En Alemania de forma específica se indica que la remuneración deberá ser gestionada por una entidad de gestión. También a cargo de las entidades de gestión están las licencias colectivas ampliadas de los países nórdicos, a saber, las contempladas en Dinamarca<sup>1293</sup> y Suecia<sup>1294</sup>.

Aunque lo cierto es que al estudiar la implementación de las normas hemos comprobado que no necesariamente las limitaciones previstas en el Derecho interno como usos gratuitos incorporan requisitos más estrictos que las configuradas bajo un régimen de remuneración o gestión colectiva obligatoria o pseudo obligatoria, lo cierto es que, como hemos venido insistiendo a lo largo de esta obra y como exige sin lugar a dudas la interpretación de las limitaciones a la luz del test en tres pasos, al delimitar e interpretar el alcance de los correspondientes preceptos deben tenerse en cuenta tales circunstancias, en tanto, claramente, las licencias no voluntarias y, de forma innegable, la gestión colectiva obligatoria o, en el caso de las licencias colectivas ampliadas, pseudo-obligatoria, contribuyen a paliar el potencial perjuicio económico que se puede causar a los autores.

---

<sup>1282</sup> Art. 31, *Law No. 121/2000 Coll. of 7 April 2000 on Copyright, Rights Related to Copyright and on the Amendment of Certain Laws*.

<sup>1283</sup> Secciones 19.2 y 3 de la *Copyright Act*, de 11 de noviembre de 1992

<sup>1284</sup> Art. 21 *Law 2121/1993*.

<sup>1285</sup> Art. 22 *Law on Copyright and Related Rights*, de 18 de mayo de 1999, núm. VIII-1185.

<sup>1286</sup> Art. 10.2 de la *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>1287</sup> Art. 9(h) *Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003*.

<sup>1288</sup> Art. 75(2)f *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

<sup>1289</sup> Sección 52a *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965.

<sup>1290</sup> Arts. 22§1.4° bis, ter y quater, *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

<sup>1291</sup> L122.5.3°e), *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>1292</sup> Art. 16, *Copyright Act 1912*.

<sup>1293</sup> Sección 13(2) *Consolidated Act on Copyright*, núm. 164 de 12 de marzo de 2003.

<sup>1294</sup> Art. 13, *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*, *Law No. 729 of December 30, 1960*.

Por otro lado, también en el Capítulo 1, hacíamos alusión a la posibilidad de que las limitaciones entraran en juego con carácter subsidiario. En cierta medida es lo que ocurre en el Reino Unido con el juego excepciones-licencias voluntarias-licencias obligatorias<sup>1295</sup>. Las excepciones sólo resultarán aplicables en los casos en los que los titulares de derechos no han puesto en marcha mecanismos de licencias con fines de enseñanza en condiciones razonables, pudiendo los representantes de los usuarios desafiar los términos de las licencias ante el *Copyright Tribunal*.

Desde otra perspectiva, también hemos visto que varios Estados —p. ej. Alemania o Bélgica— atendiendo a la diversidad de usos que pueden tener lugar respecto a los fines educativos y al diferente impacto que éstos pueden tener sobre los intereses de los titulares de derechos, han acudido a la incorporación de varias limitaciones docentes, con diferentes requisitos y, en su caso, diferentes técnicas de restricción para cada una de ellas.

Pues bien, el legislador español ha pecado, a nuestro juicio, de cierto conservadurismo y de un celo excesivo para con los autores. Se contenta con la introducción de una única limitación docente (siempre sin perjuicio de la cita y las previstas para las bases de datos) que, incorporando requisitos sumamente restrictivos<sup>1296</sup>, reviste la forma de uso gratuito. A nuestro juicio hubiera sido más acertado acogerse a una o varias limitaciones que abarcasen una gama de usos más amplios, bajo la forma —como apuntábamos al comentar el régimen específico de las compilaciones— de licencia no voluntaria combinando ésta con determinados usos gratuitos referidos a las utilizaciones “menos peligrosas”. El establecimiento de un régimen de este tipo, que sin lugar a dudas implica una mayor detalle y complejidad, podría realmente haber regularizado actividades en absoluto reprochables llevadas a cabo por la comunidad educativa, facilitando usos docentes más que deseables y garantizado, al mismo tiempo, un beneficio económico para los autores. Es más de preverse la aplicación de las licencias no

---

<sup>1295</sup> Cfr. secciones 35 y 36 y 116 y ss. de la *Copyright, Designs and Patent Act 1988*.

<sup>1296</sup> También subraya el carácter restrictivo de la limitación R. BERCOVITZ, en «Los derechos de autor y los límites...», (2006), pp. 56 y ss.

voluntarias bajo un régimen de subsidiariedad como el anteriormente enunciado relativo al sistema británico se estaría incentivando el desarrollo del mercado de licencias educativas.

El recurso a las licencias no voluntarias ha sido, de hecho, una de las soluciones adoptada por algunos de los Estados miembros que han adecuado sus limitaciones docentes a la utilización en línea. Lo comprobaremos en el siguiente apartado, dedicado, precisamente, al estudio de algunas limitaciones docentes especialmente orientadas a la enseñanza en línea.

### III. LAS LIMITACIONES DOCENTES EN LA ENSEÑANZA EN LÍNEA

#### 1 Introducción

La DDASI permite, *ex art. 5.3 a)*, que los Estados miembros contemplen en su normativa interna limitaciones con fines de ilustración en la enseñanza a los derechos de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición. Nada impide que estas limitaciones sean aplicadas en los cursos de enseñanza en línea<sup>1297</sup>. De hecho, la propia DDASI alude a esta forma de enseñanza en el Considerando 42<sup>1298</sup>:

“Al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales *incluida la educación a distancia*, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto.”

Ya en la PIDDAI<sup>1299</sup> se pone de manifiesto la intención del legislador comunitario de amparar bajo este apartado ciertos usos llevados a cabo *en línea*:

“Esta disposición [...] no sólo abarca las formas tradicionales de uso del material protegido, tales como mediante impresión y medios de radiodifusión, sino que también podría servir para eximir determinados usos en el contexto de entrega a la carta de obras y otros trabajos protegidos.”

Si bien

“los Estados miembros deberán tener debidamente en cuenta el importante impacto económico que esta excepción podría tener cuando se aplique al nuevo contexto electrónico. Ello implica la posibilidad de que el ámbito de aplicación tenga que ser aún más

---

<sup>1297</sup> Léase al respecto de R. XALABARDER: «Copyright and Digital...», (2003), pp. 134-149 y Copyright exceptions for teaching purposes..., (2004), pp. 7-10.

<sup>1298</sup> Incorporado en la Posición Común del Consejo. Consúltese igualmente el Documento del Consejo 5499/99.

<sup>1299</sup> PIDDAI COM(97) 628 final, EdM, p. 36.

limitado que con respecto al «entorno tradicional» cuando se trate de determinados usos y demás trabajos afines”.

El párrafo citado pone de manifiesto la preocupación por los efectos que la extensión de las limitaciones con fines educativos al entorno digital pudiera tener sobre los intereses de los titulares de derechos. Preocupación que también se revela en la Exposición de Motivos del Proyecto de Resolución legislativa que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva donde —refiriéndose a las limitaciones a favor de bibliotecas, a la prevista con fines educativos y a la establecida a favor de los discapacitados— se considera necesario “precisar mejor estas fórmulas ya que en el entorno digital pueden causar daños irreparables a los derechos, a pesar de que las intenciones sean muy nobles”<sup>1300</sup>. Tales temores no carecen de fundamento. En efecto, la combinación “tecnología digital-redes telemáticas” junto con la definición de limitaciones educativas, bienintencionadas pero excesivamente amplias, puede propiciar una diseminación incontrolada de obras y prestaciones protegidas en perjuicio de los titulares de derechos, de los nuevos modelos de negocio, y, en última instancia, de la creatividad. La percepción de los riesgos citados no cristaliza, sin embargo, en el art. 5.3 a) de la DDASI. El legislador comunitario prefiere que sean los Estados miembros quienes decidan la forma más adecuada de ponderar los intereses en conflicto, de garantizar, si así lo estiman oportuno, un espacio privilegiado para las utilidades educativas en línea, y de introducir, si así lo exige el test en tres pasos, salvaguardas que hagan frente a los peligros que tales limitaciones pueden causar a los titulares de derechos.

---

<sup>1300</sup> Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, A4-0026/99, p. 33. Léase también, en el citado Informe (p. 84), la Enmienda al art. 5.3 a) núm. 19, planteada por la Comisión de Cultura, Juventud y Medios de Comunicación, que sugiere la introducción de restricciones cuantitativas cuando la limitación se realice a partir de obras puestas a disposición al público: “a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que se indique la fuente y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida, en la medida en que se trate de breves extractos de obras lícitamente puestas a disposición del público”.

La tensión<sup>1301</sup>, trasladada al ámbito nacional, ha sido resuelta en la normativa de aquellos Estados, comunitarios y extra comunitarios, que han incorporado en su normativa interna disposiciones específicamente orientadas a la enseñanza a distancia, mediante el sometimiento de sus limitaciones educativas a estrictos requisitos que las mantienen “bajo control”. Éstos pueden tomar la forma de restricciones tradicionales, ya conocidas en la normativa sobre derechos de propiedad intelectual y que no sólo son aplicables a la utilización en línea de las obras; así las referidas a una categoría o clase de obras o a la extensión en que éstas pueden ser utilizadas —recordemos las restricciones cualitativas y cuantitativas estudiadas en el apartado anterior— o a la elección de la técnica de restricción menos gravosa para los autores —las licencias no voluntarias o la gestión colectiva no voluntaria—. O pueden responder a criterios más innovadores, específicamente definidos por su relación con las nuevas tecnologías. Entre este último tipo de requisitos podemos citar, a título de ejemplo, los referidos a que la utilización se lleve a cabo en redes internas (tal y como veremos que se exige en la nueva limitación belga) o a que las instituciones beneficiarias de la limitación implementen medidas tecnológicas de protección que impidan la retención o la diseminación no autorizada de la obra (como en el caso de Estados Unidos), controlando así el destino de la misma.

Precisamente al estudio de algunas disposiciones específicas aplicables a la enseñanza en línea dedicaremos el presente apartado. Hemos tomado tres ejemplos que ilustran, sin agotarlas, diferentes posibilidades de las que ha hecho uso el legislador de distintos países para resolver el equilibrio entre intereses supuestamente enfrentados. Estudiaremos en primer lugar la normativa belga que, entre las varias limitaciones previstas con fines de ilustración en la enseñanza, ha creado una licencia no voluntaria para la puesta a disposición al público. Luego, un poco más al sur, describiremos la solución alcanzada en Francia. Su interés, ya lo hemos avanzado en el Capítulo 1 de esta tesis, reside no tanto en la configuración de la nueva limitación contemplada en el Código de la Propiedad Intelectual, como en las iniciativas habidas en el ámbito de la autorregulación, que han llevado

---

<sup>1301</sup> Sobre los diferentes intereses en juego *vid. supra* Capítulo 1, apartado III.4.3.



a la firma de diferentes Acuerdos entre la Administración educativa y representantes de los titulares de derechos orientados a la utilización de obras protegidas en el sector educativo. Tales acuerdos contemplan disposiciones específicas para la enseñanza en línea. Para el tercer ejemplo emprenderemos un viaje más largo. Al otro lado del charco, en Estados Unidos, se previó ya en 2002 una excepción educativa para la transmisión con fines de enseñanza de obras protegidas a través de redes telemáticas. Los tres ejemplos anunciados distan resolverse de forma perfecta. Todos ellos encierran sistemas de extrema complejidad que dejan no pocos interrogantes. Lamentablemente su reciente aprobación y, probablemente, el hecho de que las limitaciones educativas no han sido hasta ahora un tema de estudio demasiado codiciado, explican la escasa bibliografía al respecto. Nuestro análisis, eminentemente descriptivo, se apoyará, por tanto, en los antecedentes y la tramitación parlamentaria de cada una de las normas. Al final del apartado nos referiremos, como no podía ser menos, a la aplicación del art. 32.2 de nuestra LPI a las utilizaciones de obras protegidas realizadas en el marco de la enseñanza en línea.

## *2 Bélgica: una licencia no voluntaria específica para la puesta a disposición al público*

### *2.1 Introducción*

Como hemos avanzado, Bélgica ha sido uno de los países que ha tenido específicamente en cuenta la enseñanza en línea a la hora de implementar la DDASI. La Ley de transposición, de 22 de mayo de 2005<sup>1302</sup>, modifica las limitaciones preexistentes con fines educativos e incorpora una limitación específicamente orientada a los usos en línea.

Antes de proceder a la adecuación del Derecho interno a la DDASI, la ley belga relativa al derecho de autor preveía varias licencias no voluntarias —una referida a la elaboración de antologías destinadas a la

---

<sup>1302</sup> *Loi transposant en droit belge la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*. Sobre el alcance de las modificaciones implementadas por la norma léase M-C. JANSSENS, «Implementation of the 2001 Copyright Directive...», (2006).

enseñanza<sup>1303</sup>, dos para la reproducción de obras fijadas en soporte analógico<sup>1304</sup> y digital<sup>1305</sup> con fines de ilustración de la enseñanza o la investigación— y una excepción gratuita<sup>1306</sup>, que posibilitaba la ejecución de una obra en el transcurso de un examen público<sup>1307</sup>. En el artículo 22*bis* se preveían además, de manera específica para los derechos de autor sobre las bases de datos, tres licencias no voluntarias con fines de ilustración en la enseñanza referidas a la reproducción de las bases de datos fijadas en soporte analógico<sup>1308</sup>, a la reproducción de

---

<sup>1303</sup> Art. 21 III: “La confection d’une anthologie destinée à l’enseignement requiert l’accord des auteurs dont des extraits d’oeuvres sont ainsi regroupés. Toutefois, après le décès de l’auteur, le consentement de l’ayant droit n’est pas requis à condition que le choix de l’extrait, sa présentation et sa place respectent les droits moraux de l’auteur et qu’une rémunération équitable soit payée, à convenir entre parties ou, à défaut, à fixer par le juge conformément aux usages honnêtes.”

<sup>1304</sup> 22§1.4° bis: “Lorsque l’oeuvre a été licitement publiée, l’auteur ne peut interdire: [...] La reproduction fragmentaire ou intégrale d’articles ou d’oeuvres plastiques ou celle de courts fragments d’autres oeuvres fixées sur un support graphique ou analogue lorsque cette reproduction est effectuée à des fins d’illustration de l’enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l’exploitation normale de l’oeuvre”

<sup>1305</sup> 22§1.4° ter: “Lorsque l’oeuvre a été licitement publiée, l’auteur ne peut interdire: [...] La reproduction fragmentaire ou intégrale d’articles ou d’oeuvres plastiques ou celle de courts fragments d’autres oeuvres fixées sur un support autre qu’un support graphique ou analogue lorsque cette reproduction est effectuée à des fins d’illustration de l’enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l’exploitation normale de l’oeuvre”.

<sup>1306</sup> Art. 22§1.7°: “Lorsque l’oeuvre a été licitement publiée, l’auteur ne peut interdire: [...] L’exécution gratuite d’une oeuvre au cours d’un examen public, lorsque le but de l’exécution n’est pas l’oeuvre elle-même, mais l’évaluation de l’exécutant ou des exécutants de l’oeuvre en vue de leur décerner un certificat de qualification, un diplôme ou un titre dans le cadre d’un type d’enseignement reconnu.”

<sup>1307</sup> Sobre el régimen de las limitaciones con fines de enseñanza antes de la transposición de la DDASI léase F. DUBUISSON, «L’exception de reproduction d’oeuvres fixées...», (1997) y «Le régime des exceptions au droit...», pp. 201-209, (2001); V. BENABOU, «L’exception au droit d’auteur...», (2002), pp. 104-135; A. STROWEL, «Belgium», (2003), pp. 66-82.

<sup>1308</sup> Art. 22*bis*§ 1er. 2°: “Par dérogation à l’article 22, lorsque la base de données a été licitement publiée, l’auteur ne peut interdire: [...] la reproduction de bases de données fixées sur un support graphique ou analogue lorsque cette reproduction est effectuée à des fins d’illustration de l’enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l’exploitation normale de l’oeuvre.”

las fijadas en soporte digital<sup>1309</sup> y a la comunicación pública de las bases de datos<sup>1310</sup>.

La reforma de 2005 modifica ligeramente la licencia obligatoria referida a las antologías, ahora contemplada en el art. 21§2<sup>1311</sup>. Además, se expande el ámbito de aplicación del art. 22§1.3° que anteriormente autorizaba la comunicación gratuita y privada en el círculo de la familia y que ahora comprende, también, la ejecución pública realizada en el marco de las actividades escolares. Esta modificación se introduce precisamente como contrapartida a las restricciones impuestas a la nueva limitación prevista para el derecho de comunicación al público (*vid. infra*), que sólo resulta aplicable a la comunicación pública realizada a través de redes de transmisión cerradas, dejando al margen utilidades *off line* —posiblemente más inofensivas— que tienen lugar en las clases<sup>1312</sup>. Ninguna modificación se produce respecto a la limitación relativa a los exámenes públicos.

<sup>1309</sup> Art. 22bis§1er.3°: “Par dérogation à l'article 22, lorsque la base de données a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire: [...] la reproduction de bases de données fixées sur un support autre qu'un support graphique ou analogue, lorsque cette reproduction est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre.”

<sup>1310</sup> Art. 22bis§1er.4°: “Par dérogation à l'article 22, lorsque la base de données a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire: [...] la communication d'une base de données lorsque cette communication est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique par des établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin par les pouvoirs publics et pour autant que la communication soit justifiée par le but non lucratif poursuivi, se situe dans le cadre des activités normales de l'établissement et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de la base de données.”

<sup>1311</sup> “La confection d'une anthologie destinée à l'enseignement *qui ne recherche aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect* requiert l'accord des auteurs dont des extraits d'oeuvres sont ainsi regroupés. Toutefois, après le décès de l'auteur, le consentement de l'ayant droit n'est pas requis à condition que le choix de l'extrait, sa présentation et sa place respectent les droits moraux de l'auteur et qu'une rémunération équitable soit payée, à convenir entre parties ou, à défaut, à fixer par le juge conformément aux usages honnêtes.”

<sup>1312</sup> Tal modificación tiene su origen en la Enmienda 122, cuya justificación alude expresamente las presentaciones en *power point*: “L'amendement núm. 89 [origen del art. 22§1.4° quater] prévoit l'insertion d'un point 4°quater à l'article 22, §1er, afin de prévoir une exception au droit de communication au public à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique à condition qu'elle soit effectuée au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement. *Il convient de prévoir également une exception couvrant*

Las licencias legales referidas a los derechos de reproducción han sido objeto de reforma por la ley de transposición de la DDASI. En la versión anterior, la distinción se basaba, como acabamos de apuntar, en la tecnología utilizada para la fijación inicial de la obra. Los arts. 22§1.4° bis y 22bis1er.2° se referían así a las reproducciones de obras fijadas en soporte gráfico o analógico, mientras que los arts. 22§1.4° ter y 22bis1er.3° aludían a la reproducción de obras fijadas en un soporte distinto que el gráfico. El legislador, inspirado en distinciones efectuadas ya en la DDASI —en particular las letras *a* y *b* del art. 5.2—, decide modificar tales criterios y distinguir los tipos de licencia no voluntaria de acuerdo con el modo de reproducción, es decir, en función del destino (analógico o digital) de la copia<sup>1313</sup>.

Así, tras la implementación de la DDASI, las licencias contempladas en el art. 22§1.4°bis<sup>1314</sup> y en paralelo, respecto a las bases de datos, en el art. 22bis§1er.2°<sup>1315</sup> se refieren a la reproducción parcial o íntegra de

---

*la communication sur place sous forme d'exécution par exemple au moyen de présentation power-point. L'article 22, §1er, 3°, de la loi est modifié afin d'éviter un traitement inégal de ces différentes formes d'enseignement. En outre, l'amendement vise à assurer un plus grand parallélisme entre les exceptions au droit d'auteur et les exceptions aux droits voisins, notamment celles prévues par l'article 46, 3°, de la LDA." DOC 51 1137/010, p. 9.*

Pese a que la enmienda fue aceptada sin discusiones, J. CORBET critica su incorporación, recordando que una propuesta similar ya había sido rechazada por el legislador en el pasado y poniéndonos en guardia sobre las posibles consecuencias de la excepción, al «dejar fuera del control de los autores toda clase de ejecuciones, y no sólo las presentaciones "power point" inofensivas». En «La transposition en Belgique...», (2005), pp. 32-35.

<sup>1313</sup> Léanse, en la Exposición de Motivos del Proyecto, los comentarios al art. 4; DOC 51 1137/001, pp. 10-11. La distinción, como comprobará el lector, viene a conjugar la limitación contemplada en el art. 5.3 a) de la DDASI y el texto de las referidas en el art. 5.2 letras a) —reprografía— y b) —copia privada— de la norma. En sentido similar: M-C. JANSSENS, «Implementation of the 2001 Copyright...», (2006), p. 56, nota 30.

<sup>1314</sup> "Lorsque l'oeuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire: [...] La reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'oeuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres oeuvres lorsque cette reproduction est effectuée sur papier ou sur un support similaire, au moyen de toute technique photographique ou de toute autre méthode produisant un résultat similaire, à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et qui ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'oeuvre, pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée".

<sup>1315</sup> "Par dérogation à l'article 22, lorsque la base de données a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire [...] la reproduction fragmentaire ou intégrale sur papier ou sur un support similaire, à l'aide de toute technique photographique ou de toute autre méthode

artículos o de obras plásticas o de cortos fragmentos de otras obras y a la reproducción fragmentaria o íntegra de las bases de datos efectuadas sobre papel o un soporte similar (analógico). La reproducción deberá llevarse a cabo con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica, en la medida justificada por el fin no lucrativo perseguido y siempre que no comporte un perjuicio a la explotación normal de la obra. Las limitaciones contempladas en el art. 22§1.4<sup>o</sup>*ter*<sup>1316</sup> y, para las bases de datos, en el art. 22*bis*§1er.3<sup>o</sup><sup>1317</sup> se refieren ahora a la reproducción digital. Estos dos últimos supuestos tienen mayor interés para una posible utilización en línea, especialmente en relación con las obras que sólo existen en el formato analógico, ya que será necesaria la previa digitalización antes de proceder a su puesta a disposición al público<sup>1318</sup>. Atendiendo a la distinción efectuada, mientras la impresión realizada tras la descarga de un texto protegido queda sujeta al art. 22§1.4<sup>o</sup>*bis*, el escaneado de ese mismo texto se corresponde con lo previsto en la letra *ter* de la citada disposición. Los restantes requisitos exigidos por las limitaciones para las reproducciones digitales coinciden con los enunciados para las analógicas.

---

produisant un résultat similaire, lorsque cette reproduction est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre”.

<sup>1316</sup> “Lorsque l'oeuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire: [...] La reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'oeuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres oeuvres, lorsque cette reproduction est effectuée sur tout support autre que sur papier ou support similaire, à l'aide de toute technique photographique ou de toute autre méthode produisant un résultat similaire, à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'oeuvre, pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée”.

<sup>1317</sup> “Par dérogation à l'article 22, lorsque la base de données a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire [...] la reproduction fragmentaire ou intégrale sur tout support autre que sur papier ou sur un support similaire, lorsque cette reproduction est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre”.

<sup>1318</sup> En las discusiones parlamentarias precisamente se especificó que en la Enmienda 89, origen de la limitación referida a la comunicación al público, no se alude al derecho de reproducción porque tal excepción ya es prevista en la letra *ter*. Nótese, por el contrario, que la rechazada Enmienda 49, también orientada a la enseñanza en línea, amparaba tanto la comunicación como la reproducción. *Vid.* DOC 51 1137/013, p. 27.

El art. 22§1.4<sup>o</sup>*quater*<sup>1319</sup>, introducido en 2005, contempla una limitación específicamente referida a la comunicación al público<sup>1320</sup> de obras y prestaciones con fines de ilustración en la enseñanza. Su antecedente más inmediato es la limitación relativa a la comunicación pública de las bases de datos<sup>1321</sup>, incorporada en 1998 con ocasión de la transposición al Derecho interno de la DBD. Ésta última limitación también se ve sujeta, tras la reforma implementada por la ley de 22 de mayo, a modificaciones<sup>1322</sup> cuyo fin es alinear el texto de las dos limitaciones previstas para la comunicación al público de obras protegidas. A continuación procederemos al análisis del art. 22§1.4<sup>o</sup>*quater*. Dado que su redacción, salvando la referencia a la mención del autor y la fuente<sup>1323</sup>, no difiere ni una coma de la dispuesta por la versión consolidada del art. 22bis§1er.4<sup>o</sup>, las observaciones relativas al contenido de aquel podrán entenderse aplicables a las limitación

---

<sup>1319</sup> “Lorsque l'oeuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire: [...] La communication d'oeuvres lorsque cette communication est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique par des établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin par les pouvoirs publics et pour autant que cette communication soit justifiée par le but non lucratif poursuivi, se situe dans le cadre des activités normales de l'établissement, soit effectuée uniquement au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'oeuvre, et à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée”.

<sup>1320</sup> De acuerdo con el art. 1 de la Ley de Derecho de Autor, en versión dada por la Ley de 22 de mayo de 2005, el derecho de comunicación al público, comprende la puesta a disposición al público de manera que cualquiera pueda tener acceso a la obra desde el lugar el momento que individualmente elija.

<sup>1321</sup> Art. 22bis§1er.4<sup>o</sup>, reproducido ut supra en nota 1310.

<sup>1322</sup> La redacción consolidada del art. 22bis§1er.4<sup>o</sup> dispone “la communication de bases de données lorsque cette communication est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique par des établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin par les pouvoirs publics et pour autant que cette communication soit justifiée par le but non lucratif poursuivi, se situe dans le cadre des activités normales de l'établissement, soit effectuée uniquement au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'oeuvre”.

<sup>1323</sup> Mientras que en las limitaciones previstas para los derechos de autor sobre las bases de datos se dispone que el nombre del autor y el título de las bases de datos deben ser mencionados (cfr. art. 22bis2: “lorsque la base de données est reproduite ou communiquée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, le nom de l'auteur et le titre de la base de données doivent être mentionnés”), para la nueva limitación se adopta una expresión similar a la contemplada en el art. 5.3 a) DDASI: “à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée”.

relativa a la comunicación pública con fines de ilustración en la enseñanza de las bases de datos.

## 2.2 *Análisis del art. 22§1.4º quater de la Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*

De acuerdo con el nuevo art. 22§1.4º:

“Una vez divulgada la obra, el autor no podrá prohibir: [...] La comunicación de las obras siempre que sea efectuada con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica por establecimientos reconocidos u organizados oficialmente a este fin por los poderes públicos y siempre que esta comunicación esté justificada por el fin no lucrativo perseguido, se sitúe en el marco de las actividades propias del establecimiento, sea efectuada únicamente por medio de redes de transmisión cerradas del establecimiento y no comporte un perjuicio a la explotación normal de la obra, y, a menos que sea imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor.”<sup>1324</sup>

La limitación no aparecía como tal en el Proyecto del Gobierno<sup>1325</sup>. Sin embargo, a lo largo de la tramitación parlamentaria, se presentaron varias enmiendas<sup>1326</sup>, fruto probablemente del *lobby* llevado a cabo por

---

<sup>1324</sup> Traducción propia. *Vid.* versión original supra nota 1316.

<sup>1325</sup> DOC 51 1137/001, *Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 17 mai 2004.

<sup>1326</sup> Así las enmiendas 49, 64 y 65 de Mme Van Der Auwera (DOC 51 1137/005, pp. 2-5); o la Enmienda núm. 63, presentada por M. de Lano (DOC 51 1137/005, pp. 1-2). Reproducimos a continuación la Enmienda 89 *in fine* del M. Monfils, que será la finalmente adoptada, y en la que se propone las siguientes modificaciones al art. 4 del proyecto, relativo al art. 22: “ D) insérer un point c *bis*, libellé comme suit: «*bis*. Dans le §1er, est inséré un 4º quater libellé comme suit: «4º quater. la communication d'oeuvres lorsque cette communication est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique par des établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin par les pouvoirs publics et pour autant que: a) cette communication soit justifiée par le but non lucratif poursuivi, se situe dans le cadre des activités normales de l'établissement, soit effectuée uniquement au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'oeuvre, et; b) à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée.».».” Justificación: “Au point 4º quater, il est prévu une exception au droit de communication au public à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique. Toutefois cette exception

la comunidad universitaria<sup>1327</sup>. Sería la enmienda 89<sup>1328</sup>, presentada por el propio Gobierno, la que resultaría finalmente adoptada e informaría el texto del art. 22§1.4 *quater*.

#### A. Obras afectadas

En cuanto al objeto, cabe destacar que no se establece ninguna restricción ni cualitativa ni, a diferencia de las limitaciones relativas a la reproducción contempladas en los arts. 22§1.4 *bis* y *ter*, cuantitativa<sup>1329</sup> respecto de las obras que pueden ser utilizadas. Esta falta de coherencia puede resultar problemática en la práctica y tener como efecto una restricción considerable en el alcance de la limitación, especialmente,

---

est encadrée par des conditions strictes afin qu'elle ne puisse porter préjudice à l'exploitation normale des oeuvres. A cet effet, il est notamment prévu qu'elle doit se situer dans le cadre des activités normales de l'établissement d'enseignement ou de recherche scientifique officiellement reconnu ou organisé par les pouvoirs publics et qu'elle doit être effectuée au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement. Cette dernière condition vise à limiter le bénéfice de l'exception au profit des enseignants, des étudiants, des chercheurs qui ont accès aux réseaux de transmission mis en place par les établissements concernés. Les actes de reproduction autorisés aux points 4° et 4°*bis* sont compensés par le droit à rémunération prévu par les articles 59 à 61 de la loi du 30 juin 1994. Les actes de reproduction et de communication autorisés aux points 4°*ter* et 4°*quater* sont quant à eux compensés par le droit à rémunération prévu par les articles 61*bis* à 61*quater*." DOC 51 1137/008, pp. 13-15.

<sup>1327</sup> M-C. JANSSENS, «Implementation of the 2001 Copyright...», (2006), p. 56. Por ejemplo, en una Carta de noviembre de 2003 dirigida a la Mme Moerman, Ministra de Economía, P. de Maret, presidente del CREF (*Conseil des Recteurs des universités francophones de Belgique*), llama la atención sobre la importancia de prever en la ley belga limitaciones que permitan utilizar una obra en el marco de la educación y la investigación, reclamando la ampliación de las limitaciones para la ilustración en la enseñanza y la investigación a la comunicación pública. Una carta similar fue remitida al Ministerio competente por el VLIR, institución gemela al CREF para las universidades flamencas.

<sup>1328</sup> *Vid. supra* nota 1326 *in fine*.

<sup>1329</sup> JANSSENS califica esta circunstancia de sorprendente: M-C. JANSSENS, «Implementation of the 2001 Copyright...», (2006), p. 57. De hecho, durante el proceso de tramitación de la norma se presentaron varias Enmiendas que tenían como fin introducir restricciones cuantitativas a la limitación. Así, la Enmienda 89 fue objeto de una Subenmienda, la núm. 114 (DOC 51/1137/010 pp. 4-5), que proponía restringir la limitación a "La communication d'articles ou d'oeuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres oeuvres", con el fin de garantizar una mayor coherencia con el resto de las limitaciones con fines de enseñanza. También la Enmienda 49 presentada por Mme Van Der Auwera incluía limitaciones cuantitativas, al limitarla a: "d'articles, de poèmes ou d'oeuvres plastiques ou de courts fragments d'autres oeuvres".



como apuntábamos unos párrafos atrás, en lo que se refiere a la extensión de las obras comunicadas al público a partir de obras en formato analógico —ya que resulta necesaria su previa digitalización—.

## B. Beneficiarios

Podrán beneficiarse de la limitación los establecimientos de enseñanza o investigación reconocidos u organizados oficialmente por los poderes públicos a tal fin. Pese a que, como el caso español, se refiere a centros que revisten cierta oficialidad, los belgas han sido más generosos en cuanto al ámbito subjetivo de la norma. En todo caso, quedan fuera de precepto los actos llevados a cabo por otras entidades que organizan formación o enseñanza en línea, incluso si no persiguen fines comerciales<sup>1330</sup>. Nótese que en el caso de las limitaciones referidas a la reproducción, no se especifica requisito alguno relativo a los beneficiarios, por lo que resultan aplicables incluso respecto a actividades educativas y de formación organizadas por cualquier tipo de entidad siempre que las mismas —o, en su caso, los actos de reproducción— no persigan un fin lucrativo. En los comentarios al art. 22§1.4° *bis* y *ter* contemplados en la Exposición de Motivos del Proyecto se cita expresamente al VDAB, al FOREM y al ORBEM —entidades belgas con competencias en materia de empleo y formación profesional—<sup>1331</sup>. Por otro lado, ante el silencio de la norma, nada obsta a que los actos autorizados sean llevados a cabo por alumnos<sup>1332</sup>, profesores o terceros intervinientes en las actividades de formación.

Sí se establece un requisito adicional respecto a las utilidades amparadas por la limitación: la comunicación ha de realizarse en el marco de las actividades propias o normales del establecimiento. De acuerdo con S. DUSOLLIER, tal requisito pudiera ser interpretado en el sentido de que la limitación sólo podrá aplicarse respecto de los cursos

---

<sup>1330</sup> Lo critica S. DUSOLLIER: «This seems at odds with the Directive, which defines the condition of the non-commercial purpose under Article 5(3)(a) in accordance with the nature of the activity carried out as such, without adding an express condition related to the structure of the education provider.» En «Belgium», (2007), p. 127.

<sup>1331</sup> DOC 51 1137/001 p. 11.

<sup>1332</sup> En el mismo sentido respecto a las limitaciones con fines de ilustración previstas antes de la Ley de 2005, A. STROWEL, «Belgium», (2003), p. 69.

incluidos en el currículo y en los programas regulares del establecimiento ofrecidos a los estudiantes oficialmente registrados<sup>1333</sup>. Tal requisito aparecía ya en el art. 22bis.4° introducido por la ley de transposición de la DBD<sup>1334</sup>, especificándose en los trabajos preparatorios que si el establecimiento lleva a cabo otras actividades la limitación no se aplicará a las que tengan fines distintos de la enseñanza o la investigación<sup>1335</sup>.

### C. Redes cerradas

El legislador belga adopta medidas específicas para evitar la diseminación de la obra: la comunicación pública sólo puede llevarse a cabo en las redes de transmisión cerradas del establecimiento. En las discusiones parlamentarias se entendió que la comunicación así efectuada debe realizarse por medio de redes de comunicación que requieran identificación —p. ej.: mediante nombre de usuario y contraseña—, concluyendo que, en todo caso, la noción no está limitada al *hardware* del establecimiento. El término incluye, por tanto, no sólo la puesta a disposición del público a través de la intranet, sino, igualmente, de la extranet, siendo ésta última red la que probablemente será utilizada para los cursos de enseñanza a distancia. En todo caso, de acuerdo con las explicaciones vertidas en el proceso de tramitación de la norma, la administración de la red y las autorizaciones para el acceso deben ser gestionadas por el establecimiento<sup>1336</sup>.

### D. Otros requisitos

Además, tanto la letra *quater*, como las restantes licencias no voluntarias, incorporan una referencia *cuasi* literal al segundo requisito del test en tres pasos tal y como aparece definido en la DDASI, al exigir que la utilización no comporte un perjuicio a la explotación normal de la obra. Probablemente, dado que no se han incluido en el precepto restricciones cuantitativas o cualitativas relativas a las obras protegidas,

---

<sup>1333</sup> S. DUSOLLIER, «Belgium», (2007), p. 127.

<sup>1334</sup> *Loi transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, du 31 août 1998.*

<sup>1335</sup> V. BENABOU, «L'exception au droit d'auteur...», (2002), p. 121.

<sup>1336</sup> DOC 51 1137/013, p. 34.

este requisito *puede* justificar la condena de la comunicación pública sistemática de materiales educativos, al entender que pueden entrar en conflicto con la explotación normal de la obra.

#### E. La fuente

Recordemos, antes de proceder a la referencia de la técnica de restricción, que se exige, a menos que sea imposible, la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor. En el caso de la limitación relativa a las bases de datos no se hace referencia alguna a la posibilidad/imposibilidad. El art. 22*bis*2 se limita a señalar que cuando las bases de datos sean reproducidas o comunicadas con fines de ilustración en la enseñanza deberá mencionarse el autor y el título de la base de datos.

#### F. Técnica de restricción

En cuanto a la técnica de restricción, ha de señalarse que todas las limitaciones previstas *con fines de ilustración en la enseñanza* se corresponden con supuestos de licencias no voluntarias. De hecho, el desmembramiento del art. 5.3 a) pudiera tener como razón de ser la delimitación de diferentes regímenes de remuneración referidos a cada una de las limitaciones<sup>1337</sup>. La ley establece, en efecto, un sistema de remuneración para la copia analógica con fines educativos —englobado en el sistema de licencia legal por reprografía—<sup>1338</sup> y otro para la reproducción digital y la comunicación pública con fines de enseñanza.

Este último aparece regulado en el Capítulo V *bis* de la ley —arts. de 61*bis* a 61*quater*—. El art. 61*bis* reconoce, a favor de los autores y los

<sup>1337</sup> Tal y como se desprende de los trabajos preliminares: *vid.* i. e. DOC 51 1137/013, p. 30. También S. DUSOLLIER: «This division [refiriéndose a las letras *bis* y *ter*] might be explained by the need to set up a different system of levy for each type of copy since the device concerned are rather different»; en «Belgium», (2007), p. 126.

<sup>1338</sup> *Vid.* Capítulo V de la norma (De la reproduction sur papier ou sur un support similaire d'oeuvres dans un but privé ou à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique) que en los arts. 59 a 61 regula el sistema de remuneración para los art. 22§1.4º (reprografía), 22§1.4º*bis* (reproducción analógica con fines de ilustración en la enseñanza) y 22*bis*.1.1 y 2 (referidos también a la reproducción analógica en este caso de las bases de datos) —.

editores de obras, el derecho a una remuneración por la reproducción y la comunicación de las obras realizadas según las condiciones fijadas en las respectivas disposiciones<sup>1339</sup>. El art. 61<sup>ter</sup><sup>1340</sup> relaciona los deudores de la remuneración, a saber, las personas físicas o morales que efectúan los actos de explotación o, llegado el caso, los establecimientos de enseñanza o de investigación científica que a título oneroso o gratuito ponen a disposición de aquellos las obras y prestaciones protegidas. Tal remuneración, proporcional y determinada en función de los actos de explotación de las obras y prestaciones protegidas, será fijada, de acuerdo con lo previsto en el art. 61<sup>quater</sup><sup>1341</sup>, por Real Decreto del Consejo de Ministros. El Rey fijará las modalidades de percepción, reparto, control y devengo de la remuneración, al tiempo que podrá determinar las claves para su distribución, de una parte entre las categorías de titulares de derechos y, de otra, entre las categorías de obras. Igualmente, puede encargar a una o varias sociedades suficientemente representativas la percepción y reparto de la remuneración<sup>1342</sup>. A fecha de hoy, aún no se ha aprobado la norma que concreta y desarrolla los requisitos de la remuneración.

---

<sup>1339</sup> "Les auteurs et les éditeurs d'oeuvres ont droit à une rémunération en raison de la reproduction et de la communication de celles-ci dans les conditions fixées aux articles 22, §1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>ter et 4<sup>o</sup>quater et 22bis. §1<sup>er</sup>.3<sup>o</sup>. Les auteurs de bases de données ont droit à une rémunération en raison de la communication de celles-ci dans les conditions fixées à l'article 22bis, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>."

<sup>1340</sup> "La rémunération, proportionnelle, qui est déterminée en fonction des actes d'exploitation des oeuvres et des prestations, est due par les personnes physiques ou morales qui effectuent ces actes d'exploitation ou, le cas échéant, à la décharge des premières par les établissements d'enseignement ou de recherche scientifique qui tiennent à titre onéreux ou gratuit les oeuvres et les prestations à la disposition d'autrui."

<sup>1341</sup> "La rémunération visée à l'article 61bis, est fixée par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.

Le Roi fixe les modalités de perception, de répartition et de contrôle de la rémunération ainsi que le moment où celle-ci est due.

Selon les conditions et les modalités qu'il fixe, le Roi peut charger une ou plusieurs sociétés qui, seule ou ensemble, sont représentatives de l'ensemble des sociétés de gestion des droits, d'assurer la perception et la répartition de la rémunération.

Le Roi peut également déterminer la clé de répartition de la rémunération, d'une part, entre les catégories d'ayants droit et, d'autre part, entre les catégories d'oeuvres."

<sup>1342</sup> Nótese que el régimen de licencia no voluntaria previsto en este caso difiere considerablemente del previsto en relación con las limitaciones de reprografía o copias analógicas. En aquellas juega un papel relevante la Comisión Consultiva que entre otras

### 3 Francia: ¿de la autorregulación a una licencia no voluntaria?

#### 3.1 Introducción

El segundo ejemplo nos traslada a territorio galo. Su estudio resulta especialmente relevante, no tanto debido a la nueva limitación educativa introducida recientemente en el *Code de la Propriété Intellectuelle* por la ley de implementación de la DDASI<sup>1343</sup>, sino, en mayor medida, debido a las iniciativas habidas en el ámbito de la autorregulación. A ambas cuestiones dedicaremos los siguientes apartados.

#### 3.2 La limitación del art. L122-5.3ºe) del Code de la Propriété Intellectuelle

##### A. Antecedentes

Tradicionalmente la única limitación que en el Derecho francés se vinculaba a las actividades docentes era —como en el caso español (*vid. infra* apartado IV) y, hasta 1994, el belga— la cita<sup>1344</sup>. El legislador francés, firme en su aversión a las limitaciones a los derechos del autor, ni siquiera introdujo, con ocasión de la transposición de la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos, las limitaciones con fines de ilustración a los derechos de autor ni al derecho *sui generis*

---

funciones, debe a instancia del Consejo de Ministros o de uno de sus miembros remitir al Rey su opinión relativa a los aparatos sujetos al sistema de remuneración, cfr. art. 61.

<sup>1343</sup> Art. 1.I.2º *Loi núm. 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*: "L'article L122-5 du code de la propriété intellectuelle est ainsi modifié: [...]Le 3º est complété par un e ainsi rédigé: «e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'oeuvres, sous réserve des oeuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des oeuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10»."

<sup>1344</sup> Art. L.122-3ºa): "Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: [...] 3º Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source: a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, *pédagogique*, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées".

sobre las bases de datos<sup>1345</sup>. Sin embargo, con la implementación de la DDASI, se otorga cierta flexibilidad —en algunos aspectos ilusoria<sup>1346</sup>— al riguroso régimen de limitaciones. En lo que a nosotros concierne, se crea una nueva limitación que, bajo determinados requisitos, autoriza la reproducción y comunicación al público con fines de ilustración en la enseñanza.

La adopción de la limitación con fines de ilustración no estuvo exenta de polémica. Ésta no estaba prevista en el Proyecto original<sup>1347</sup>. De hecho, el Informe de la *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république*, al barajar la posibilidad de introducir una limitación educativa, concluye que las soluciones discutidas no están lo suficiente maduras y se manifiesta a favor de soluciones contractuales basadas en un sistema de remuneración “forfataria” o a tanto alzado<sup>1348</sup>. Tales consideraciones estaban en línea con las medidas puestas en marcha entonces por el

---

<sup>1345</sup> Sobre el régimen anterior a la implementación de la DDASI y la utilización de las obras protegidas con fines docentes léase V. BENABOU, «L'exception au droit d'auteur...», (2002) y de la misma autora, «France», (2003), pp. 83-106. También A. GRANCHET, «Enseignement et droit d'auteur», (2005). En este último caso, la autora, fiel a la doctrina tradicional francesa, se posiciona en contra de la introducción de una limitación educativa, al considerar que supone una «desnaturalización del derecho de autor», pp. 21 y 23-24. A su juicio, la conciliación de las necesidades de la enseñanza y de las exigencias del derecho de autor pasa por una sensibilización de los actores del mundo educativo, más que por una modificación de las reglas y una renuncia a los principios del derecho de autor (p. 21).

<sup>1346</sup> Léase el artículo de M. VIVANT, «Les exceptions nouvelles...», (2006), pp. 2159-2164. Y, en particular, respecto a las limitaciones docentes: A. LEBOIS, «Les exceptions à des fins de recherche...», (2007), p. 23.

<sup>1347</sup> *Projet de Loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, de novembre de 2003, núm. 1206.*

<sup>1348</sup> *Rapport núm. 2349, fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur le Projet de Loi (núm. 1206) relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, par M. C. Vanneste, pp. 47-48, donde, precisamente respecto al sistema de remuneración, se advierte: “La diversité des types d'utilisations à prendre en considération et le souci d'éviter une gestion inutilement complexe pour les utilisateurs militent, en tout état de cause, pour que s'applique un dispositif de rémunération forfaitaire, tenant compte des moyens disponibles, appuyée sur le dispositif dérogatoire à celui de la rémunération proportionnelle sur le prix de vente prévu par l'article L. 131-4 du code de la propriété intellectuelle, notamment lorsque la base de calcul de la participation proportionnelle est matériellement impossible, lorsque celle-ci n'est pas susceptible d'être contrôlée, ou lorsque les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient disproportionnés.”*

Gobierno, que había ya abierto el diálogo con representantes de los titulares de derechos con la vista puesta en la preparación de acuerdos generales que regularan la utilización de obras protegidas en entornos educativos y de investigación<sup>1349</sup>. Durante la primera lectura ante la Asamblea Nacional, se presentan no pocas enmiendas proponiendo la inclusión de una limitación con fines de ilustración de la enseñanza<sup>1350</sup>. Ninguna fue aceptada.

El Proyecto llega al Senado el 22 de marzo de 2006. En apenas tres semanas se publica el Informe de la *Commission des affaires culturelles*<sup>1351</sup>, que se manifiesta, respecto a este punto, en un sentido totalmente opuesto a la opinión de las *Commission des lois constitutionnelles* y a las decisiones tomadas en la Asamblea Nacional. No sólo insiste en la necesidad de contemplar en la nueva ley una limitación con fines educativos, sino que se muestra muy crítico con los acuerdos sectoriales por resultar demasiado restrictivos<sup>1352</sup> y haberse adoptado al margen de algunos de los colectivos afectados —en particular, las universidades—<sup>1353</sup>. Propone así la introducción en el art. L122-5 de una nueva limitación relativa a la ilustración en la enseñanza y la

---

<sup>1349</sup> Efectivamente, en enero de 2005 el Ministerio de Educación y el de Cultura firman la *Déclaration commune sur l'utilisation des œuvres et objets protégés par la propriété littéraire et artistique à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*. Tal Declaración representa el marco general, las bases, para las negociaciones entre la administración competente y los representantes de los titulares de derechos de cara a la conclusión de acuerdos sectoriales relativos a la utilización de obras protegidas en actividades educativas. El texto completo de la Declaración se puede consultar en [http://ia39.ac-besancon.fr/BaseIA/version2/pages/page\\_menu/ia2004.php?menu=com&page=4](http://ia39.ac-besancon.fr/BaseIA/version2/pages/page_menu/ia2004.php?menu=com&page=4). Sobre el contenido y alcance de los acuerdos *vid. infra* apartado 3.3.

<sup>1350</sup> Enmiendas núm. 3, 101, 104, 111, 113, 120, 122 y 163; sin perjuicio de las Subenmiendas 309 y 313 presentadas a la núm. 272 del Gobierno. Puede accederse al texto de las diferentes Enmiendas en [http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/amendements/adts\\_1206.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/amendements/adts_1206.pdf).

<sup>1351</sup> *Rapport núm. 308, fait au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, par M. Thiollière, Sénateur.*

<sup>1352</sup> Obsérvese, no obstante, que en algunos puntos los acuerdos se pronuncian en términos más amplios que la limitación que propone la mencionada Comisión, cuyo texto se reproduce *infra* en la nota 1354; por ejemplo permiten la utilización de obras de naturaleza didáctica (*vid. supra* apartado 3.3.B1).

<sup>1353</sup> *Rapport núm. 308...*, pp. 74 y 120-121.

investigación<sup>1354</sup>. El precepto, objeto de diversas enmiendas<sup>1355</sup>, es finalmente incorporado en el texto adoptado por el Senado<sup>1356</sup>.

La *Comisión paritaria* de la Asamblea Nacional y del Senado mantiene la limitación, si bien incorpora ciertas modificaciones, algunas de estilo y otras sustantivas<sup>1357</sup>. El texto presentado por la Comisión es que el

---

<sup>1354</sup> De acuerdo con la propuesta de la Comisión: “e) La représentation ou la reproduction de courtes oeuvres ou d'extraits d'oeuvres, autres que des oeuvres elles-mêmes conçues à des fins pédagogiques, à des fins exclusives d'illustration ou d'analyse dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, et sous réserve que le public auquel elles sont destinées soit strictement circonscrit au cercle des élèves, étudiants, enseignants et chercheurs directement concernés, que leur utilisation ne donne lieu à aucune exploitation commerciale, et qu'elle soit compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire nonobstant la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10.” Cfr. Rapport núm. 308..., p. 287. Léase igualmente la justificación a la Enmienda propuesta en la p. 121.

<sup>1355</sup> Enmienda núm. 1 de rectificación presentada por el propio ponente de la Comisión, a la que se le presentan varias Subenmiendas (núm. 203 y 260); y las núm. 47, 96, 121 (con Subenmienda 231) y 198. Tras el oportuno debate, el Senado adopta el texto propuesto por la Comisión, modificado en el sentido apuntado por la Enmienda 1 de rectificación —pospone la entrada en vigor de la limitación a enero de 2009, fecha en la que expiran los acuerdos sectoriales firmados entre los Ministerios competentes y los titulares de derechos— y la Subenmienda 260 —que proponía matizar la referencia a los destinatarios de los obras comunicadas: a saber un círculo *compuesto mayoritariamente* de alumnos, estudiantes, docentes e investigadores—.

<sup>1356</sup> *Projet de Loi modifié par le Sénat relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, núm. 88*; que respecto a la disposición objeto de estudio dispone: “e) La représentation ou la reproduction de courtes oeuvres ou d'extraits d'oeuvres, autres que des oeuvres elles-mêmes conçues à des fins pédagogiques, à des fins exclusives d'illustration ou d'analyse dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, et sous réserve que le public auquel elles sont destinées soit strictement circonscrit à un cercle composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants et de chercheurs directement concernés, que leur utilisation ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle soit compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire nonobstant la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10”.

<sup>1357</sup> *Rapport déposé le 22 juin 2006 par M. C. Vanneste rapporteur, sous le núm. 3185 à l'Assemblée nationale et par M. M. Thiollière rapporteur, sous le núm. 419 au Sénat*. De acuerdo con el texto propuesto: “e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'oeuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement



formará parte de la Ley<sup>1358</sup> y dará la redacción actualmente vigente a la nueva limitación educativa, contemplada en el art. L122-5.3ºe) *Code de la Propriété Intellectuelle*. La disposición citada dispone:

“Una vez divulgada la obra, el autor no podrá prohibir: [...] 3º Siempre que aparezcan claramente indicados el nombre del autor y la fuente: [...] “e) La representación o la reproducción de extractos de obras, bajo reserva de las obras concebidas con fines pedagógicos, de las partituras de música y de las obras realizadas para una edición digital del escrito, con los fines exclusivos de ilustración en el marco de la enseñanza y la investigación, con exclusión de toda actividad lúdica y recreativa, siempre que el público al que está destinada esta representación o esta reproducción se componga mayoritariamente de alumnos, de estudiantes, de docentes o de investigadores directamente concernidos, que la utilización de esta representación o reproducción no de lugar a ninguna explotación comercial y que sea compensada por una remuneración negociada sobre una base “forfataria” sin perjuicio de la cesión del derecho de reproducción por reprografía mencionando en el art. L122-10.”<sup>1359</sup>

En las páginas que siguen analizaremos los diferentes requisitos de la norma.

## B. Obras afectadas

### *b1 Restricciones cualitativas*

La limitación excluye de su ámbito de aplicación las obras concebidas “con fines pedagógicos, las partituras y las obras realizadas para una edición digital del escrito”. Al excluir las obras concebidas con fines pedagógicos, el legislador francés adopta una perspectiva genérica y finalista. Evita así referirse a un concepto como el utilizado en nuestra

---

concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10”.

<sup>1358</sup> Loi núm. 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, (J.O núm. 178 du 3 août 2006 page 11529 texte núm. 1).

<sup>1359</sup> La traducción es nuestra. Texto original *ut supra* nota 1343.

ley —libros de texto y manuales universitarios—, que, como hemos visto<sup>1360</sup>, puede dar lugar a una interpretación en suma restrictiva y, con el paso tiempo y el desarrollo de nuevos modelos de creación, desfasada. Por otro lado, tampoco le resultará aplicable la limitación a las partituras y a las versiones digitales de las obras escritas. Estas dos últimas restricciones fueron incluidas en el texto a su paso por la Comisión paritaria, sin lugar a dudas debido a la sensibilidad que presentan ambas clases de obras<sup>1361</sup>. La exclusión relativa a las obras incorporadas en formato digital, redactada en términos no demasiado afortunados<sup>1362</sup>, sólo se aplica a las escritas —no a las audiovisuales, a las de bellas artes o a las musicales— y, según lo apuntado por la doctrina, parece estar orientada a las obras precisamente destinadas a la explotación en línea. El legislador pretende así favorecer a un sector particular de la edición todavía en desarrollo<sup>1363</sup>.

### *b2 Restricciones cuantitativas*

La norma establece, además, restricciones cuantitativas. Únicamente se permite la utilización de “extractos” de obras. La utilización íntegra de una obra, incluso tratándose de una obra corta o de las obras plásticas, queda, por tanto, al margen del precepto, lo cual, qué duda cabe, pone

---

<sup>1360</sup> *Vid. supra* apartado II.5.2 B.

<sup>1361</sup> En contra, respecto a la exclusión relativa a las partituras, M. VIVANT, que considera que «Ainsi de la mise à l'écart des partitions de musique manifestation la plus frappante d'un lobbying efficace. En quoi? Voudriez vous que soudainement on enseignât la musique aux Français?», «Les exceptions nouvelles...», (2006), p. 2161. También A. LÉBOIS, «Les exceptions à des fins de recherche...», (2007), p. 20.

<sup>1362</sup> Léanse los comentarios de C. ALLEAUME al respecto: «Le mot «écrit», notamment, n'est pas très explicite dans une loi que traite à la fois des nouvelles technologies et des œuvres «classiques» Est-il synonyme de papier? Cela peut-il viser l'écrit sur écran? Où est-ce qu'une œuvre ou une base réalisée pour une édition numérique de l'écrit? La formule crée de l'incertitude. À la lecture des travaux préparatoires, on semble comprendre que la loi cherche à exclure de l'exception de pédagogique et de recherche les actes de reproduction et de représentation portant sur des œuvres numérisées, qu'elles soient reproduites sur un support matériel (DVD par exemple) ou directement créés sur réseaux, encore que les mots «pour une édition numérique de l'écrit» pourraient laisser à penser que les œuvres exclues sont uniquement celles qui existent à la fois en numérique et sur papier. Sont assurément visées les versions numériques des écrits/papiers». En «Les exceptions de pédagogie...», (2006), p. 15.

<sup>1363</sup> C. ALLEAUME, «Les exceptions de pédagogie...», (2006), p. 15. A. LÉBOIS, «Les exceptions à des fins de recherche...», (2007), p. 20.

en un aprieto a los profesores de arte. Sí incluía la representación de obras cortas el texto propuesto por la *Commission des affaires culturelles* y el finalmente incorporado en la versión adoptada en el Senado<sup>1364</sup>, pero tal referencia es eliminada por la Comisión paritaria.

## B. Derechos afectados

La limitación afecta tanto al derecho de reproducción como al de representación. Este último engloba la puesta a disposición al público<sup>1365</sup>, por lo que resulta aplicable a las actividades de enseñanza en línea.

## C. Beneficiarios y destinatarios de la utilización

En principio, la norma no hace referencia ni a las instituciones educativas en las que pueden llevarse a cabo las utilizaciones ni a las personas físicas que pueden efectuar los actos autorizados, aunque se ha entendido que sólo resulta aplicable a las actividades de enseñanza llevadas a cabo en establecimientos de educación primaria y superior, públicos y privados, por lo que cabe argüir que sólo tales instituciones o el personal vinculado a las mismas podrá beneficiarse de la excepción<sup>1366</sup>. Sí se introducen, sin embargo, algunas orientaciones respecto a los destinatarios de la utilización, que deberá ser destinada a un público “compuesto mayoritariamente de alumnos, de estudiantes, de docentes o de investigadores directamente concernidos”. Recordemos que la propuesta de la Comisión ante el Senado era más severa: el público al que se dirigiera el acto de explotación debería estar *estrictamente circunscrito* al círculo de alumnos, estudiantes, docentes e investigadores directamente concernidos por la actividad de enseñanza. La relajación de tal requisito se deriva de la aceptación de la Enmienda 260 en el Senado, que posibilita, en la práctica, la utilización de las obras en actividades docentes en las que se permita la asistencia o acceso de personas no vinculadas formalmente con la institución educativa o

---

<sup>1364</sup> *Vid.* supra notas 1354 y 1356.

<sup>1365</sup> *Vid.* arts. L122-1 y L122-2 del *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>1366</sup> S. CHATRY, *L'exception pédagogique au droit...*, (2007), pp. 36-37. También A. LEBOIS, «Les exceptions à des fins de recherche...», (2007), p. 21.

científica, tal y como acontece, por ejemplo, en las conferencias celebradas en una universidad<sup>1367</sup>.

#### D. La finalidad de la utilización

Se refiere el art. L122-5.3ºe) a los “fines exclusivos de ilustración en el marco de la enseñanza y la investigación”. En este punto, el legislador sigue el tenor literal de la versión francesa de la DDASI. Aunque no se especifica si debe tratarse de enseñanzas oficiales o si el precepto resulta aplicable, en general, a todo tipo de actividad docente, se ha interpretado que la formación continua queda al margen del precepto<sup>1368</sup>.

El artículo introduce otros requisitos adicionales. En primer lugar, excluye la posibilidad de utilizar las obras en actividades lúdicas o recreativas<sup>1369</sup>. Además, se exige que los actos de reproducción no den lugar a ninguna explotación comercial.

#### E. Técnica de restricción

En cuanto a la técnica de restricción, se establece una licencia no voluntaria negociada sobre una base a tanto alzado, pero no se dan orientaciones sobre las condiciones de la misma. Puede que en el futuro se siga el esquema propuesto en los acuerdos sectoriales —donde para las utilidades llevadas a cabo en el marco de la enseñanza oficial el gobierno se hace cargo de la negociación y del pago de la

---

<sup>1367</sup> S. CHATRY, *L'exception pédagogique au droit...*, (2007), p. 39 ; A. LEBOIS, «Les exceptions à des fins de recherche...», (2007), p. 21.

<sup>1368</sup> A. LEBOIS, «Les exceptions à des fins de recherche...», (2007), p. 21.

<sup>1369</sup> Extremo que, con humor, comenta M. VIVANT: «qu'est-ce que cette «exclusión de toute activité ludique ou recreative»? Passons sur la curieuse démarche qui consiste à mettre en avant une finalité exclusive pour préciser qu'elle l'est «à l'exclusion» de ceci o de cela. Si l'on veut davantage s'attacher au sens que peut, malgré tout, avoir le texte, est-ce à dire que seul un enseignement fermement ennuyeux pourra bénéficier de l'exceptions légale? Rien de ludique en pédagogie? Il serait intéressant de savoir ce qui, dans leurs inconscient, a guidé nos parlementaires». En «Les exceptions nouvelles...», (2006), p. 2161.

remuneración—<sup>1370</sup> o que se adopte un sistema alternativo, en el que tomen mayor protagonismo las instituciones educativas<sup>1371</sup>.

## F. Entrada en vigor

Finalmente recordemos que la limitación no entrará en vigor hasta enero de 2009<sup>1372</sup>. Dicha fecha coincide con la expiración de los acuerdos concluidos entre el Ministro de la Educación Nacional, de la Enseñanza Superior y de la Investigación y representantes de los titulares de derechos, relativos a la utilización de las obras protegidas en la educación y en la investigación<sup>1373</sup>. Describiremos el contenido de dichos textos en el siguiente subapartado.

### 3.3 Un ejemplo en el campo de la autorregulación: Los acuerdos sectoriales para la utilización de las obras protegidas en la enseñanza y la investigación

#### A. Introducción

En enero de 2005, como avanzábamos unas páginas atrás, los Ministros de Educación y de Cultura firman la *Déclaration commune sur l'utilisation des œuvres et objets protégés par la propriété littéraire et artistique à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*<sup>1374</sup>. En ella se enuncian los principios a tener en cuenta para la elaboración de los

---

<sup>1370</sup> Vid. infra apartado 3.3.

<sup>1371</sup> S. CHATRY propone que las propias instituciones educativas se hagan cargo del pago de la remuneración aunque, a su juicio, es deseable que sea el Estado quien la negocie. En su propuesta se contempla, además, la creación de una Sociedad para la remuneración de la limitación pedagógica, que aglutine a las sociedades de gestión colectiva concernidas por la percepción de la remuneración, siendo aquella el único interlocutor válido con el Estado. La Sociedad tendrá como funciones la percepción —delegada en el CFC (Centre Français d'exploitation du droit de Copie)— y el reparto de la remuneración. Vid. S. CHATRY, *L'exception pédagogique au droit...*, (2007), pp. 52 y ss.

<sup>1372</sup> Art. 1.II *Loi núm. 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

<sup>1373</sup> Sin perjuicio de que los Acuerdos sirvan como experiencia a tener en cuenta para la futura delimitación e interpretación de las condiciones y puesta en marcha de la licencia no voluntaria prevista en el art. L122-5.3º e), ha de tenerse en cuenta que la incompatibilidad entre la limitación y algunas de las disposiciones de los acuerdos hace imposible su convivencia. C. ALLEAUME, «Les exceptions de pédagogie...», (2006), p. 14.

<sup>1374</sup> Cuyo texto puede consultarse en [http://ia39.ac-besancon.fr/BaseIA/version2/pages/page\\_menu/ia2004.php?menu=com&page=4](http://ia39.ac-besancon.fr/BaseIA/version2/pages/page_menu/ia2004.php?menu=com&page=4).

acuerdos sectoriales. Los citados principios se agrupan en tres bloques: el primero, dedicado a la comunicación pública *off-line* —distinguiendo entre la relativa a obras literarias, artículos de prensa y obras de arte, por un lado, y a obras audiovisuales, cinematográficas y musicales, por otro —; el segundo, dedicado a la reprografía; y el tercero, relativo a la utilización en línea. Nos centraremos en los principios enunciados respecto a este último grupo debido a su interés evidente para este apartado.

En primer lugar, cabe destacar que quedan al margen de este bloque determinadas categorías de obras y prestaciones. Se trata de obras y prestaciones audiovisuales, cinematográficas o musicales, respecto de las cuales habrán de solicitarse caso por caso las correspondientes autorizaciones.

Los principios relativos a la utilización en línea distinguen entre, por un lado, la puesta a disposición a través de una red cerrada de los recursos pedagógicos utilizados durante un curso, y, por otro, la puesta en línea de los cursos de los docentes, los trabajos de los alumnos y estudiantes, o los trabajos de investigación que incorporen obras protegidas.

Respecto al primer grupo de utilizations, se considera que sustituyen o pueden ser asimiladas a una forma de distribución de fotocopias. Podrán ser autorizadas por los titulares de derechos dentro del marco de contratos generales concluidos con una o varias sociedades de percepción y reparto de derechos, teniendo presente la buena articulación de los mismos con los contratos generales concluidos en materia de reprografía. Tales acuerdos deberán precisar los usos autorizados y las condiciones de utilización, y, en particular, las categorías de obras concernidas, el número y las condiciones técnicas de la puesta en línea de las obras protegidas o, en su caso, de extractos de las mismas, así como las condiciones vinculadas al respeto a los derechos morales y la modalidades de la declaración y el cálculo del montante de la remuneración necesarios o no según los usos.

El segundo grupo se refiere a la puesta a disposición en internet de materiales cuya autoría corresponda a docentes, estudiantes o investigadores pero que incorporen obras de terceros. En este caso, los

acuerdos deberán precisar: las categorías de obras concernidas, el número de obras o de extractos y las condiciones técnicas de puesta en línea, a saber: el tamaño y resolución de las imágenes, la extensión de los extractos, la prohibición de proceder a la referencia directa de las obras o de los extractos por los motores de búsqueda, las condiciones necesarias respecto al derecho moral, las modalidades de declaración y de cálculo del montante de la remuneración, necesarias o no según los usos<sup>1375</sup>.

Partiendo de esta Declaración, y tras un largo período de negociaciones, se firman en marzo de 2006 cinco acuerdos, relativos a “la utilización de obras protegidas en el marco del servicio público de la educación y la investigación”<sup>1376</sup>. Cada uno de ellos se corresponde con una “categoría” de obras protegidas:

- a) Libros y música impresa: *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*. Firmado entre el *Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche*, por una parte, y el *Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC)* y la *Société des éditeurs et auteurs de musique (SEAM)*, por otra.
- b) Artículos o publicaciones periódicas: *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*; siendo parte el citado Ministerio y el *Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC)*.
- c) Artes visuales: *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*; entre el Ministerio y la Sociedad de percepción y reparto de derechos AVA, que actúa a su vez en representación de otras sociedades (ADAGP, SACD, SAIF y SCAM).

---

<sup>1375</sup> Apartado 3, *Déclaration commune sur l'utilisation...*

<sup>1376</sup> *Mise en œuvre des accords sectoriels sur l'utilisation des œuvres protégées à des fins d'enseignement et de recherche*, publicada en el *Bulletin Officiel du Ministère de l'Éducation Nationale* núm. 5 du 1er février 2007.

d) Obras musicales: *Accord sur l'interprétation vivante d'œuvres musicales, l'utilisation d'enregistrements sonores d'œuvres musicales et l'utilisation de vidéomusiques à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche.* Con la SACEM, actuando también en nombre de ADAMI, SACD, SCPP, SDRM, SPPF, SPRE y SPEDIDAM.

e) Obras cinematográficas y audiovisuales: *Accord sur l'utilisation des oeuvres cinématographiques et audiovisuelles a des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche.* Firmado con la PROCIREP, *Société des producteurs de cinéma et de télévision*, con mandato de otras sociedades del sector (ARP, ADAMI, SACD, SACEM, SCAM y SPEDIDAM).

Los textos citados entran en vigor en enero de 2007 y tienen una duración de 2 años. Conforme al texto explicativo e introductorio que acompaña a los mismos, los acuerdos permitirán la preparación de la puesta marcha de las disposiciones legales relativas a la limitación con fines educativos<sup>1377</sup>. Se configuran, pues, como una especie de ensayo. No obstante, cabe avanzar que, en algunos aspectos, los acuerdos se separan del texto de la ley<sup>1378</sup>. Tales discrepancias pueden deberse a que la Declaración Común es anterior a la propuesta que introduce la limitación anteriormente estudiada. Por ejemplo, en relación con la categoría de obras afectadas, los acuerdos relativos a las obras musicales, audiovisuales y cinematográficas no se aplican a las

---

<sup>1377</sup> Léase la introducción a los mismos : “Le champ de ces accords recoupe dans une large mesure celui de la clause introduite au e) du 3° de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle par la loi núm. 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur a décidé que cette clause n'entrerait en vigueur qu'à compter du 1er janvier 2009, c'est-à-dire à l'échéance des présents accords. Le régime applicable à compter du 1er janvier 2009 reposera lui aussi sur la conclusion d'accords avec les représentants des titulaires de droits puisque la loi pose le principe d'une rémunération négociée. L'application des accords conclus pour la période 2006-2008 permettra donc de préparer la mise en œuvre des nouvelles dispositions législatives. Il est donc essentiel que les difficultés d'application qui pourront être rencontrées soient portées à la connaissance de l'administration centrale (direction des affaires juridiques) afin de pouvoir être soumises aux comités de suivi prévus par les accords.”

<sup>1378</sup> Véase al respecto, A. LEBOIS, «Les exceptions à des fins de recherche...», (2007), p. 22.



utilizaciones llevadas a cabo a través de redes telemáticas, por lo que —con excepción de las partituras de obras musicales— no se aplican a la enseñanza en línea. Para la utilización tales obras en cursos de enseñanza a distancia, no quedará más remedio, al menos hasta enero de 2009, que solicitar las oportunas autorizaciones.

#### B. Finalidad y utilizaciones amparadas por los acuerdos

Tal y como se desprende de la rúbrica de los cinco textos, las utilizaciones a las que los mismos se refieren deben realizarse “con fines de ilustración de las actividades de enseñanza e investigación”, lo cual implica una “puesta en perspectiva pedagógica”<sup>1379</sup>. Según lo dispuesto en el art. 2 del Acuerdo sobre Libros: “la ilustración supone que la obra o el extracto de la obra utilizada sirva únicamente para esclarecer o apoyar una discusión, desarrollo o argumentación que forme parte de la materia principal del curso de los docentes, de los trabajos pedagógicos de los alumnos y estudiantes, o de los trabajos de investigación.”

Al relacionar las utilizaciones permitidas y siguiendo, aún con ciertas modificaciones, la división avanzada en la Declaración Común, se especifican, en las condiciones generales para la utilización en línea, las siguientes:

- La comunicación pública sobre la red del establecimiento de obras protegidas que sirvan para ilustrar un curso, un trabajo pedagógico o un trabajo de investigación. En tal caso —incidiremos sobre ello un poco más adelante— la red debe ser accesible mediante código únicamente a los alumnos, estudiantes, docentes e investigadores directamente interesados.
- La puesta a disposición del público sobre el sitio internet del establecimiento de obras protegidas incorporadas en una tesis publicada en línea, con excepción de las que incorporen extractos de obras musicales.

---

<sup>1379</sup> Cfr. apartado 4.1 de las Disposiciones comunes a los cinco acuerdos.

- El archivo digital de trabajos pedagógicos o de investigación que contienen extractos de obras protegidas para permitir su conservación<sup>1380</sup> por los docentes o los investigadores así como por los establecimientos de los que aquellos dependen<sup>1381</sup>.

En todo caso, sea cual sea la utilización, se requiere la mención al autor y al título de la obra, excepto si la identificación de los mismos constituye el objeto de un ejercicio pedagógico<sup>1382</sup>.

Además, cada uno de los diferentes acuerdos introduce ciertas particularidades respecto a las utilizaciones permitidas. Por ejemplo, en relación con la primera de las utilizaciones relacionadas, el Acuerdo sobre Libros se refiere, por un lado, a la puesta a disposición de los trabajos en la intranet del establecimiento y, por otro, a la puesta en línea de tales trabajos sobre la extranet. En este caso se exige que la utilización tenga como únicos destinatarios a los alumnos estudiantes o investigadores inscritos en un programa de enseñanza a distancia y concernidos por tales trabajos<sup>1383</sup>.

Tanto el Acuerdo relativo a las artes visuales como el de las publicaciones periódicas se pronuncian en términos similares, si bien se observan algunas diferencias de matiz que no parece que tengan gran relevancia. En particular, en el caso del citado en último lugar, se amplía la utilización relativa a la comunicación pública de las tesis en internet a los trabajos de investigación (p. ej., a las memorias o proyectos de máster)<sup>1384</sup>.

Por otro lado, ha de destacarse que ninguno de los acuerdos autoriza ni la distribución a los alumnos, estudiantes o investigadores de

---

<sup>1380</sup> En este punto puede advertirse cierta incongruencia entre la finalidad de la limitación —“ilustración”— y la de las utilizaciones permitidas, en particular respecto a la referida en el apartado c) —relativa a la “conservación”—.

<sup>1381</sup> Apartado 3 de la Introducción a los acuerdos.

<sup>1382</sup> Art. 4.1 de la introducción a los acuerdos. Léanse igualmente el art. 4.1.II *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, el art. 3.1.III del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y art. 4.1 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1383</sup> Art. 3.4 *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*

<sup>1384</sup> Art. 2.4 *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...*

reproducciones íntegras o parciales de obras protegidas (fijadas sobre un CD-R o un DVD-R) ni la constitución de bases de datos de obras protegidas<sup>1385</sup>.

En todo caso, las utilizaciones autorizadas no deben dar lugar, directa o indirectamente, a ninguna explotación comercial<sup>1386</sup>.

### C. Obras amparadas por los acuerdos

#### *c1 Generalidades*

Sin perjuicio de las restricciones cualitativas y cuantitativas que estudiaremos a continuación, ha de destacarse que sólo entran en el ámbito objetivo de aplicación de los acuerdos, las obras respecto de las que los titulares de derechos hayan otorgado a las sociedades de gestión un mandato de gestión. Lo contrario hubiera exigido una modificación del Código de Propiedad Intelectual, a no ser que se acordara una regla de asunción de la responsabilidad, de modo que las correspondientes entidades de gestión se hicieran cargo de las reclamaciones —e indemnizaciones— relativas a la utilización de obras no contempladas en su repertorio<sup>1387</sup>.

Cada vez que un alumno, estudiante, investigador o profesor desee utilizar una obra protegida deberá consultar el repertorio de la oportuna entidad<sup>1388</sup>. Éstos pueden consultarse en el sitio web de las correspondientes entidades, a saber: el *Centre Français d'exploitation du droit de Copie* (CFC)<sup>1389</sup>, para los libros, las obras musicales impresas y las publicaciones periódicas, y la *Société des Auteurs dans les Arts*

<sup>1385</sup> Cfr. apartado 4.1 de las Disposiciones comunes a los acuerdos. Vid. también el art. 4.3.IV del *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, establece de manera específica, el 3.2.II del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y el art. 4.3 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1386</sup> Apartado 4.1 de la introducción a los acuerdos. Léanse igualmente el art. 4.1.I *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, el art. 3.1.II del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y art. 4.1 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1387</sup> Sobre esta posibilidad en relación con las fotocopias véase R. CASAS, «La fotocopia y su régimen jurídico», (1999), pp. 2012-2013.

<sup>1388</sup> Aspecto que critica A. LEBOIS, en «Les exceptions à des fins de recherche...», (2007), p. 22.

<sup>1389</sup> Art. 2.III *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*

*Graphiques et Plastiques* (ADAGP), la *Société civile des Auteurs Multimédia France* (SCAM) o la *Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe* (SAIF)<sup>1390</sup>, en el caso de las obras de artes visuales.

En todo caso, para poder proceder a la utilización de las obras, éstas deben haber sido previa y lícitamente adquiridas por el establecimiento, el docente o el alumno<sup>1391</sup>. Es más, los acuerdos quedarán sin efecto si contradicen las condiciones contractuales a las que se someta la adquisición de obras “específicamente realizadas para cubrir las necesidades del servicio públicos de la enseñanza y la investigación”<sup>1392</sup>.

### *c2 Restricciones cualitativas*

Ya hemos visto que no se aplican a la enseñanza a distancia los acuerdos relativos a las obras musicales, audiovisuales y cinematográficas, obras que, en teoría, sí podrán utilizarse al amparo del art. L122-5.3ºe). Por el contrario, y a diferencia de los exigido en el Código de la Propiedad Intelectual, es posible, en el caso de las obras impresas, la utilización de manuales escolares y partituras, si bien las restricciones cuantitativas son, en este caso, más estrictas que las previstas para las restantes obras que pueden utilizarse en la enseñanza en línea (*vid. infra*). Quedan además excluidos de las obras cubiertas por los acuerdos, los libros y publicaciones periódicas fijados en un soporte digital<sup>1393</sup>. Esta restricción no juega, sin embargo, para las obras de artes visuales<sup>1394</sup>.

### *c3 Restricciones cuantitativas*

La extensión en que las obras protegidas pueden ser digitalizadas e incorporadas en un trabajo pedagógico o de investigación puesto a

---

<sup>1390</sup> Art. 2, *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1391</sup> Apartado 4.1 de la introducción a los acuerdos. Léanse igualmente el art. 4.1.II *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...* y el art. 4.1 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1392</sup> Art. 4.1.IV *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, art. 3.1. i fine, *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y el art. 4.1 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1393</sup> Arts. 1 del *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...*

<sup>1394</sup> Art. 1, *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

disposición del público son severamente delimitadas en función de la clase de obra afectada<sup>1395</sup>.

Respecto a los libros, sólo pueden utilizarse extractos, que se definen como las partes de las obras que exceden la cita corta. Se establecen las siguientes especificaciones: 5 páginas seguidas por trabajo pedagógico o de investigación, con reproducción íntegra de las obras de arte visuales que allí figuren y con el límite máximo de 20% de la paginación de la obra. En el caso particular de un manual escolar, el extracto no puede exceder las 4 páginas consecutivas por trabajo pedagógico o de investigación, con el límite del 5% de la paginación de la obra por clase y por año<sup>1396</sup>.

En lo que se refiere a las obras musicales en versión impresa, se dispone que, en defecto de común acuerdo entre las partes, los extractos no podrán exceder el 20% de la obra musical (palabras y/o música) por trabajo pedagógico o de investigación, por clase y por año, dentro del límite máximo de 3 páginas consecutivas de una misma obra musical cubierta por el acuerdo. Para las obras de formación o de educación musical y los métodos instrumentales, el extracto no puede exceder de un 5% de una misma obra dentro del límite máximo de las dos páginas consecutivas<sup>1397</sup>.

Para las publicaciones periódicas se admite hasta la reproducción íntegra de dos artículos de una misma publicación sin exceder del 10% de la paginación. Se excluye de manera explícita la compilación de las publicaciones periódicas. También está prohibida la compilación de extractos de las mismas si no tienen como finalidad una puesta en perspectiva pedagógica<sup>1398</sup>.

En relación con las artes visuales, sólo podrán utilizarse 20 obras por trabajo pedagógico o de investigación. Toda reproducción o

---

<sup>1395</sup> Apartado 4.3 de la Introducción a los acuerdos.

<sup>1396</sup> Art. 1 *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*

<sup>1397</sup> Art. 1 *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*

<sup>1398</sup> Arts. 1 y 3.1.I, *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...*

representación digital de las obras debe tener su definición limitada a 400 x 400 píxeles y tener una resolución de 72 DPI<sup>1399</sup>.

#### D. Beneficiarios de los acuerdos

Se definen en el art. 1 de los textos e incluyen las escuelas maternas y elementales, los colegios y liceos públicos y privados, los establecimientos públicos de enseñanza superiores y los establecimientos públicos científicos y tecnológicos, todos ellos detallados en el Anexo a los mismos. De manera explícita se establece que podrán llevar a cabo los actos autorizados por los acuerdos los docentes, los investigadores y los alumnos inscritos en los centros anteriormente mencionados.

#### E. Control de acceso

Los acuerdos autorizan la puesta a disposición del público en la red—intranet o extranet— del establecimiento. El acceso debe ser restringido a los alumnos, estudiantes, docentes e investigadores directamente concernidos por los cursos o materiales publicados. Además, los establecimientos deben velar para que los motores de búsqueda en su red no permitan el acceso directo a los extractos de las obras protegidas o a elementos aislados, sino que se remitan a los trabajos pedagógicos o de investigación, a los coloquios, conferencias o seminarios, o a los cursos que incorporan dichas obras<sup>1400</sup>. Para el caso particular de la tesis doctorales se admite su puesta a disposición en ausencia de toda utilización comercial y, dado el caso, tras el acuerdo del editor de la tesis<sup>1401</sup>. También en este supuesto debe incorporarse un

---

<sup>1399</sup> Art. 4.3 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1400</sup> Arts. 4.3, *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, 3.2 del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y el art. 4.3 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1401</sup> El art. 4.3.III del *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, establece de manera específica que: “La mise en ligne de thèses sur le réseau internet est admise en l’absence de toute utilisation commerciale, à la double condition que les œuvres visées par l’accord ou extraits d’œuvres visées par l’accord ne puissent pas être extraites, en tant que telles, du document et à condition que l’auteur de la thèse n’ait pas conclu, avant la mise en ligne, un contrat d’édition. L’accord n’autorise pas la mise en ligne sur internet des thèses incorporant des œuvres musicales visées par l’accord ou des extraits d’œuvres musicales

mecanismo que impida a quien consulte la tesis sobre internet la descarga de las obras en ella incorporadas<sup>1402</sup>.

#### F. Remuneración, gestión y seguimiento de las utilizaciones

Como contrapartida a las autorizaciones el Ministerio de Educación deberá entregar a los representantes de los titulares de derechos una remuneración a tanto alzado que las entidades de gestión repartirán entre los titulares con los que se ha concluido el correspondiente mandato de gestión. La suma fijada con carácter global —incluyendo por tanto las utilizaciones *off line*— alcanza para el Acuerdo sobre libros los 1146000 euros para cada ejercicio presupuestario. La relativa a las obras de artes audiovisuales asciende a 263000 euros<sup>1403</sup> y la de las publicaciones impresas a 291000 euros<sup>1404</sup>. Se prevé de manera expresa que, ante la hipótesis de que las utilizaciones en línea aumenten de forma significativa, se proceda a la revisión de las cantidades acordadas<sup>1405</sup>.

Para facilitar la distribución de la remuneración entre los titulares de derechos, la reproducción digital de una obra debe ser objeto de una declaración, que se concreta en la cumplimentación de un formulario en la página web del *Centre Français d'exploitation du droit de Copie*<sup>1406</sup> o, para el caso de las obras de artes visuales, ante Sociedad de percepción y reparto de derechos AVA<sup>1407</sup>. Tal declaración será considerada por las partes como una estipulación sustancial del acuerdo. Además, los establecimientos beneficiarios proporcionarán a los representantes de los titulares de derechos una identificación y un código de acceso a la intranet o la extranet, con el fin de permitir la identificación de las obras

---

visées par l'accord." En términos similares, el art. 3.2.II del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y el art. 4.3 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1402</sup> Apartado 4.3 de la Introducción a los acuerdos.

<sup>1403</sup> Art. 4.3 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1404</sup> Art. 5 *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...*

<sup>1405</sup> Art. 7, *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*

<sup>1406</sup> <http://www.cfcopies.com/declaration-enseignement>. Apartado 4.3 de la Introducción a los acuerdos.

<sup>1407</sup> Art. 5 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

cubiertas por el acuerdo<sup>1408</sup>. Según lo dispuesto por el art. 10 del Acuerdo relativo a los libros “los representantes de los titulares de derechos podrán proceder o hacer proceder a las verificaciones sobre la conformidad de las utilizaciones de las obras en conformidad con lo previsto en el acuerdo. Los agentes autorizados de cada representante de los titulares de derechos tendrán la facultad de acceder a las redes informáticas de los establecimientos con el fin de proceder a todas las verificaciones necesarias. Podrán controlar particularmente la exactitud de las declaraciones de uso y la conformidad de las utilizaciones a la luz de las especificaciones de los acuerdos. En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, los representantes de los titulares de derechos podrán requerir al jefe del establecimiento o al responsable de la red la retirada de las obras que, en su integridad o en extractos, han sido utilizadas de manera ilícita. En caso de disputa sobre la aplicación del acuerdo, se reunirá el Comité de Seguimiento para constatar el incumplimiento y proponer una solución a las partes”<sup>1409</sup>.

#### G. Acciones de información y sensibilización

Finalmente, cada uno de los textos incluye un artículo relativo a las acciones de sensibilización sobre la propiedad literaria y artística. Se impone que el Ministro de Educación informe a los establecimientos beneficiarios del contenido y de los límites de los acuerdos. Éste se compromete, igualmente, a poner a disposición del conjunto de los establecimientos acciones de sensibilización que serán definidas en común con los titulares de derechos<sup>1410</sup>. Lamentablemente, no tenemos

---

<sup>1408</sup> Art. 3.3 del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y art. 5. del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1409</sup> En términos similares se pronuncia el art. 10 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...* En el caso de las obras impresas las facultades de verificación se definen de manera más escueta: “Le CFC peut procéder à des vérifications portant sur la conformité des utilisations des publications périodiques et des extraits de publications périodiques, au regard des clauses du présent protocole. En cas de contestation sur l'application du présent protocole, le comité de suivi se réunit pour constater l'existence du non-respect de toute clause du présent protocole et proposer une solution aux Parties.” Cfr. Art. 8, *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...*

<sup>1410</sup> Consúltense los arts. 6 del *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, 4 del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y art. 6 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*



conocimiento de en qué se han concretado estas campañas de sensibilización, si es que ya han sido puestas en marcha.

## H. Responsabilidad

Los acuerdos incluyen una cláusula de responsabilidad (*Garantie*), en virtud de la cual las entidades firmantes responden ante el Ministerio contra toda reclamación relativa a las utilidades amparadas por los textos<sup>1411</sup>.

## I. El comité de seguimiento de los acuerdos

Para cada acuerdo se crea un comité de seguimiento compuesto por representantes del Ministerio y de los titulares de derechos, cuya finalidad principal es discutir las dificultades que sobrevengan a su implementación. El Comité de Seguimiento se reunirá siempre que sea necesario y al menos dos veces al año<sup>1412</sup>. Los resultados de sus trabajos se harán públicos<sup>1413</sup>. El papel del Comité de Seguimiento es ciertamente relevante, especialmente si tenemos en cuenta que los acuerdos constituirán el antecedente inmediato a la ulterior aplicación de la limitación contemplada en el art. L122-5.3ºe).

## *4 Estados Unidos: una excepción gratuita para la enseñanza en línea*

### *4.1 Introducción.*

Con la gran reforma de la *Copyright Act* llevada a cabo en 1976, se introducen en la norma estadounidense dos limitaciones específicamente orientadas a las actividades de enseñanza: la Sección 110(1), para la enseñanza presencial, y la Sección 110(2), relativa a la transmisión de programas educativos.

---

<sup>1411</sup> Arts. 8 del *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, 6 del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...* y art. 9 del *Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels...*

<sup>1412</sup> Arts. 9 del *Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée...*, 7 del *Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées...*

<sup>1413</sup> Apartado 5 de la Introducción a los acuerdos.

La excepción para la enseñanza presencial (§110(1)<sup>1414</sup>) permite la comunicación pública por profesores o alumnos de todo tipo de obras protegidas en el transcurso de actividades de enseñanza presencial en instituciones educativas sin ánimo de lucro. La utilización de la obras debe llevarse a cabo en un aula o lugar específicamente dedicado a la enseñanza. Tratándose de películas u otras obras audiovisuales, se exige que la comunicación se realice a partir de una copia ilícita.

Para la educación no presencial, la sección 110(2)<sup>1415</sup> —en la versión anterior a la reforma de 2002 (*vid. infra*)— exceptúa de las prerrogativas concedidas a los autores la comunicación pública de obras literarias o musicales no dramáticas de una copia no secuencial de cualquier tipo de obra realizada en el curso de una transmisión. Tal comunicación debe formar parte regular de las actividades de instrucción de la institución educativa y estar directamente relacionada con el contenido educativo de la transmisión a la que sirve de apoyo material. Se exige que la transmisión bien se realice para la recepción en las aulas o lugares similares dedicados a la instrucción, bien se dirija a personas que, debido a sus discapacidades u otras circunstancias especiales, no puedan asistir a clase. La limitación está orientada a la enseñanza a distancia “pre-internet”, fundamentalmente, a la emisión de programas educativos televisivos o radiofónicos. No obstante esta excepción no

---

<sup>1414</sup> §Section 110(1) *Copyright Act*: “... (are not infringements of copyright) performance or display of a work by instructors or pupils in the course of face-to-face teaching activities of a non-profit educational institution, in a classroom or similar place devoted to instruction, unless, in the case of a motion picture or other audiovisual work, the performance, or the display of individual images, is given by means of a copy that was not lawfully made under this title, and that the person responsible for the performance knew or had reason to believe was not lawfully made”.

<sup>1415</sup> §110(2) *Copyright Act*: “... (are not infringement of copyright) performance of a nondramatic literary or musical work or display of a work, by or in the course of a transmission, (are not infringements of copyright), if —(A) the performance or display is a regular part of the systematic instructional activities of a governmental body or a non-profit educational institution; and (B) the performance or display is directly related and of material assistance to the teaching content of the transmission; and (C) the transmission is made primarily for— (i) reception in classrooms or similar places normally devoted to instruction, or (ii) reception by persons to whom the transmission is directed because their disabilities or other special circumstances prevent their attendance in classrooms or similar places normally devoted to instruction, or (iii) reception by officers or employees of governmental bodies as a part of their official duties or employment”.

resulta adecuada a las otras formas de enseñanza a distancia, en particular las llevadas a cabo a través de redes telemáticas.

La inadecuación de la norma a los nuevos entornos educativos ya es objeto de debate a en el segundo gran proceso de reforma de la normativa de *Copyright*, que culmina con la promulgación de la *Digital Millenium Copyright Act* en 1998. Se presentan entonces varias iniciativas encaminadas a la adecuación del texto de la *Copyright Act* a los nuevos medios de enseñanza, pero ninguna de ellas fructifica. Ante la falta de consenso y la diversidad de intereses en conflicto, se acuerda proceder a un estudio en profundidad de la cuestión y posponer la reforma<sup>1416</sup>. La sección 403 de la *Digital Millenium Copyright Act* establece a tal efecto la apertura de un procedimiento público de consulta e insta a la Oficina de *Copyright* a preparar un informe al respecto, que verá la luz en mayo de 1999: el *Report on Copyright and Digital Distance Education*.

La finalidad del Informe es valorar si el régimen jurídico por entonces vigente posibilita la misma utilización de obras protegidas en la enseñanza *on-line* que la prevista para la enseñanza presencial y, en el supuesto de que no sea así, formular recomendaciones sobre las posibles modificaciones a la normativa que faciliten la enseñanza a distancia respetando el equilibrio entre los derechos de los titulares y las necesidades de los usuarios. Las recomendaciones arrojadas en el *Report* son, a grandes rasgos, las siguientes: clarificar el significado del término transmisión de manera que cubra las transmisiones digitales, expandir los derechos afectados con el fin de que se posibiliten las reproducciones técnicas necesarias para llevar a cabo la transmisión, enfatizar al concepto de educación mediada, eliminar los requisitos

---

<sup>1416</sup> Durante la tramitación de la *Digital Millenium Copyright Act* se presentaron dos proyectos de ley cuya finalidad era la adecuación de la *Copyright Act* a las nuevas formas de enseñanza: *The Digital Copyright Clarification and Technology Education Act* y la *Digital Era Copyright Enhancement Act*, pero ambos intentos decayeron. En 1998 un grupo formado por varios senadores nuevamente afrontó la tarea de modificación de la norma a la que le siguieron una serie de enmiendas a la sección 110(2) propuestas por la oficina de *Copyright* que, ante los intereses en conflicto y las múltiples complicaciones que se presentaban, eran bastante modestas, limitándose, por ejemplo, a las transmisiones no interactivas y manteniendo los requisitos dispuestos por la sección 110(2). Léase al respecto el *Report on Copyright and Digital...*, (1999), pp. 119 y ss; R. XALABARDER, «*Copyright and Digital...*», (2003), p. 114 y nota 44.

relativos a la clase física, añadir nuevas salvaguardas para los titulares de derechos ante los nuevos riesgos que suponen las transmisiones digitales, mantener los estándares existentes de elegibilidad, expandir la categoría de obras cubiertas, implementar la exigencia de que las copias utilizadas para la transmisión sean copias lícitas de las obras y añadir una nueva limitación para las grabaciones efímeras. Sobre estas bases se presenta en el Senado, el 7 de Marzo de 2001, la *Technology, Education, and Copyright Harmonisation Act*<sup>1417</sup>, en adelante *Teach Act*, que finalmente es adoptada el 2 de Noviembre de 2002<sup>1418</sup>.

La nueva ley actualiza las disposiciones relativas a la enseñanza a distancia de la *Copyright Act* de manera “que permite a estudiantes y profesores beneficiarse de la utilización en la educación de las tecnologías avanzadas de transmisión digital como internet, a la vez que introduce ciertas salvaguardas que limitan los riesgos adicionales para los titulares de derechos que son inherentes en la explotación de obras en formato digital”<sup>1419</sup>. La norma se hace eco de uno de los principios más socorridos de la regulación de las nuevas tecnologías: “el principio de equivalencia funcional”; la nueva regulación prevista para la enseñanza a distancia debe permitir usos similares a los autorizados para la enseñanza presencial<sup>1420</sup>.

#### *4.2 Análisis de la sección 110(2) de la Copyright Act*

La *Teach Act* modifica la sección 110(2) de la *Copyright Act*<sup>1421</sup> autorizando la comunicación pública de obras protegidas a través de

---

<sup>1417</sup> Senate, 107th, 1st Session, Congress Records S. 2008, de 07/03/2001.

<sup>1418</sup> Section 13301 of the 21st Century Department of Justice Appropriations Authorization Act, Public Law No. 107-273 (116 Stat. 1758, November 2, 2002). En <http://www.copyright.gov/legislation/pl107-273.pdf#13210>.

<sup>1419</sup> House of Representatives, 107th Congress 2nd Session, Report 107-687, de 25/09/2002, (Purpose and Summary).

<sup>1420</sup> *Vid.* Report on Copyright and Digital..., (1999), p. 30: “Incorporating a copyrighted work into a distance education lesson can be the functional equivalent of the performance or display of the work in the classroom, such as projecting slides of paintings during a class session on a particular artist”; R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 114.

<sup>1421</sup> Así, la versión actualizada de la sección 110(2) dispone: “ Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright: [...] Except with respect to a work produced or marketed primarily for performance or display as part of mediated instructional activities transmitted via digital networks, or a performance or

redes digitales. La norma, de considerable complejidad<sup>1422</sup> y cuyos términos acusan una notable indeterminación<sup>1423</sup>, establece una serie de requisitos que determinarán el alcance efectivo de la limitación. Éstos se refieren a las obras y derechos afectados, a los beneficiarios de la excepción y a los destinatarios de la comunicación, así como al ejercicio de la limitación en tanto enmarcada en una determinada actividad de enseñanza. Además, se establecen obligaciones específicas relacionadas con las medidas tecnológicas de protección. Ya por último se impone a

---

display that is given by means of a copy or phonorecord that is not lawfully made and acquired under this title, and the transmitting government body or accredited non-profit educational institution knew or had reason to believe was not lawfully made and acquired, the performance of a nondramatic literary or musical work or reasonable and limited portions of any other work, or display of a work in an amount comparable to that which is typically displayed in the course of a live classroom session, by or in the course of a transmission, if —

(A) the performance or display is made by, at the direction of, or under the actual supervision of an instructor as an integral part of a class session offered as a regular part of the systematic mediated instructional activities of a governmental body or an accredited non-profit educational institution;

(B) the performance or display is directly related and of material assistance to the teaching content of the transmission;

(C) the transmission is made solely for, and, to the extent technologically feasible, the reception of such transmission is limited to —

(i) students officially enrolled in the course for which the transmission is made; or

(ii) officers or employees of governmental bodies as a part of their official duties or employment; and

(D) the transmitting body or institution —

(i) institutes policies regarding copyright, provides informational materials to faculty, students, and relevant staff members that accurately describe, and promote compliance with, the laws of the United States relating to copyright, and provides notice to students that materials used in connection with the course may be subject to copyright protection; and

(ii) in the case of digital transmissions —

(I) applies technological measures that reasonably prevent —

(aa) retention of the work in accessible form by recipients of the transmission from the transmitting body or institution for longer than the class session; and

(bb) unauthorized further dissemination of the work in accessible form by such recipients to others; and

(II) does not engage in conduct that could reasonably be expected to interfere with technological measures used by copyright owners to prevent such retention or unauthorized further dissemination.”

<sup>1422</sup> K. D. CREWS, «New Copyright Law for Distance...», (2002), p. 2.

<sup>1423</sup> K. H. HUTCHINSON, «The Teach Act...», (2003), p. 231.

las instituciones educativas ciertos deberes de información. A cada uno de los puntos referenciados dedicaremos los apartados que siguen.

### A. Obras amparadas por la excepción

Al igual que en acontece en otros ordenamientos, el legislador estadounidense ha introducido restricciones cualitativas y cuantitativas respecto a las obras que pueden ser utilizadas al amparo de las limitaciones para la enseñanza en línea. Nótese que tales restricciones no operan, sin embargo, para la limitación prevista en el caso de la enseñanza presencial.

#### *a1 Restricciones cualitativas*

Según lo dispuesto en la sección 110(2) quedan fuera del ámbito objetivo de la excepción aquellas “obras producidas o comercializadas principalmente para su comunicación en actividades de enseñanza mediada impartida a través de redes digitales”. En lugar de referirse a los “libros de texto y manuales universitarios” (España) o, en general, a las obras concebidas con fines pedagógicos (Francia), el legislador americano expulsa del precepto *exclusivamente* a las obras cuyo mercado coincide con los actos de explotación amparados por la excepción<sup>1424</sup>. Así, en principio, y sin perjuicio de otras restricciones cualitativas que estudiaremos a continuación, resulta lícito el uso de obras de naturaleza didáctica si su destino “natural” es la enseñanza presencial o la llevada a cabo a distancia por medios analógicos<sup>1425</sup> —y no la llevada a cabo a

---

<sup>1424</sup> “The exclusion for works “produced or marketed primarily for performance or display as part of mediated instructional activities transmitted via digital networks” is intended to prevent the exemption from undermining the primary market for (and, therefore, impairing the incentive to create, modify or distribute) those materials whose primary market would otherwise fall within the scope of the exemption. [...] The exclusion is not intended to apply generally to all educational materials or to all materials having educational value. The exclusion is limited to materials whose primary market is “mediated instructional activities,” p. ej., materials performed or displayed as an integral part of the class experience, analogous to the type of performance or display that would take place in a live classroom setting. At the same time, the reference to “digital networks” is intended to limit the exclusion to materials whose primary market is the digital network environment, not instructional materials developed and marketed for use in the physical classroom.” Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, p. 8.

<sup>1425</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 121 y nota 87.

través de redes digitales— o el autoestudio —que queda al margen de la enseñanza mediada—.

Pero la estudiada no es la única restricción cualitativa relativa a las obras que pueden utilizarse al amparo de la sección 110(2). Según lo dispuesto en los párrafos aclaratorios de la disposición, tampoco queda amparada por la limitación “la utilización en una o más sesiones de materiales típicamente adquiridos por los estudiantes para su utilización y uso independientes”. Se mencionan, a título ejemplo, los libros de texto y los *coursepacks*. El legislador estadounidense viene así a prohibir el uso, sin autorización, de una obra —independientemente de su naturaleza didáctica— como material central, básico u obligatorio para el estudio de la asignatura, siendo así que es éste el que propiamente suelen adquirir los alumnos para estudiarlo o trabajarlo fuera de las aulas<sup>1426</sup>. No se trata, por tanto, de exceptuar de la limitación los materiales que pudieran servir a estos usos —*a priori* los materiales educativos—, sino los que *de manera efectiva* lo están haciendo. Esta restricción funcional es sin lugar a dudas la contrapartida ofrecida a los titulares de derechos tras acordarse la reducción del campo de aplicación definido en la propuesta inicial de la norma, donde se excluían *todas* las obras producidas fundamentalmente para usos educativos<sup>1427</sup> y no sólo las concebidas para la enseñanza en línea.

Ya por último, se condiciona la limitación a que la copia de la obra que se pretende utilizar para la comunicación no haya sido “ilegalmente realizada o adquirida<sup>1428</sup> si la institución conociera o tuviera razones para conocer de tal ilicitud”. De acuerdo R. Xalabarder, podrían

---

<sup>1426</sup> K. D. CREWS, «New Copyright Law for Distance...», (2002), p. 10.

<sup>1427</sup> En la versión original de la norma, presentada el 7 de marzo de 2001 por el Senador O. Hatch, se exceptuaban del ámbito de la excepción, las obras “produced primarily for instructional use”, independientemente de si estaban destinadas a la enseñanza presencial o la mediada, en línea o a través de otros medios.

<sup>1428</sup> Respecto de la excepción educativa para la enseñanza presencial, sección 110(1) *Copyright Act*, el requisito de licitud de la obra sólo se predique respecto de las obras cinematográficas o audiovisuales incluso cuando sólo se muestren imágenes sueltas de las mismas. *Vid. supra* nota 1414.

utilizarse para las comunicaciones autorizadas por el precepto copias realizadas al amparo del *fair use*<sup>1429</sup>.

### *a2 Restricciones cuantitativas*

Dependiendo de la naturaleza de la obra y de los derechos afectados (*perform* o *display*) ésta podrá comunicarse en su totalidad o parcialmente. Así se posibilita:

a) la comunicación pública (*performance*<sup>1430</sup>) íntegra de cualquier obra literaria<sup>1431</sup> o musical no dramáticas.

b) la comunicación pública (*performance*) relativa a la utilización de cualquier otro tipo de obra —a saber: las obras dramático-musicales o las literarias dramáticas, las grabaciones de sonido y las obras cinematográficas u audiovisuales—, siempre que su contenido se muestre de forma dinámica, podrá llevarse a cabo respecto a “partes razonables y limitadas”.

c) la comunicación pública (*display*<sup>1432</sup>) de cualquier tipo de obra mostrada de forma no secuencial, “en una cantidad similar a la que es típicamente mostrada en el curso de una clase presencial”. Se impone nuevamente una limitación cuantitativa respecto a la extensión de la obra comunicada públicamente, en este caso de menor intensidad. Una vez más, el legislador define los requisitos de la limitación desde la perspectiva de las acciones que fáctica y jurídicamente pueden llevarse

---

<sup>1429</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 122. La autora plantea además otras cuestiones no exentas de interés relativas a las restricciones contractuales impuestas en las licencias de adquisición de las obras; íd. p. 121.

<sup>1430</sup> La sección 101 de la *Copyright Act* define “perform” como “to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible.”

<sup>1431</sup> Obras literarias, de acuerdo con la sección 101 *Copyright Act* son “works, other than audiovisual works, expressed in words, numbers, or other verbal or numerical symbols or indicia, regardless of the nature of the material objects, such as books, periodicals, manuscripts, phonorecords, film, tapes, disks, or cards, in which they are embodied”.

<sup>1432</sup> La definición del verbo “display” también la encontramos en la sección 101: “to show a copy of it, either directly or by means of a film, slide, television image, or any other device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show individual images nonsequentially.”



a cabo en la enseñanza presencial, limitando la extensión en la que las obras pueden ser utilizadas y previniendo que las utilizaciones amparadas por la excepción sustituyan la adquisición de determinado tipo de obras<sup>1433</sup>. En este supuesto en concreto, el requisito viene condicionado por presupuestos fácticos y no jurídicos —recordemos que en la sección 110(1) no se establecen límites cuantitativos— de la enseñanza presencial: por la “arquitectura” del mundo *off line*. Se viene en el fondo a reconocer que el término *display* puede tener un impacto y significado cualitativamente diferentes en el entorno digital, debido, precisamente, a que la “arquitectura” del ciberespacio carece de las coordenadas temporales (y espaciales) que determinan la extensión en la que las obras pueden ser comunicadas en las aulas. Un razonamiento similar es el seguido por el legislador al omitir el adjetivo limitado en relación con este tipo de obras, pero exigir que la extensión en la que éstas sean utilizadas sea similar a la cantidad que se hubiera utilizado en el desarrollo de una clase presencial<sup>1434</sup>.

## B. Beneficiarios de la excepción

La sección 110(2) relaciona como beneficiarios de la limitación a los “organismos gubernamentales e instituciones educativas acreditadas sin ánimo de lucro”, requisito, el de la acreditación, que no aparece en la sección dedicada a la enseñanza presencial y que se introduce a solicitud de los representantes de derechos como mecanismo de control sobre las instituciones que se benefician de la excepción<sup>1435</sup>. En el ámbito de la educación superior, otorgará la acreditación el *Council on Higher Education Accreditation* o el *Department of Education* de los Estados Unidos. En el de la educación elemental o secundaria, habrá de

<sup>1433</sup> Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, p. 8; R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 124.

<sup>1434</sup> Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, p. 8.

<sup>1435</sup> *Vid.* K. H. HUTCHINSON, «The Teach Act...», (2003), pp. 2225-2226 y nota 100 *in fine*. No obstante se ha señalado que, incluso pese a esta cautela, la excepción puede dar lugar a abusos: «It is not difficult to foresee that in a networked environment, this exception may be subject to abuse. An accredited, non-profit virtual university may offer a very expensive non-degree course on “Twentieth Century Rock Music,” for example, that could benefit from the teaching exception. It is easy to imagine the kind of works that might be transmitted as “an integral part of a class session... directly related and of material assistance to the teaching”»; R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 125.

atenderse a los diferentes procedimientos estatales<sup>1436</sup>. Respecto a la característica del ánimo de lucro<sup>1437</sup>, ésta es independiente de la naturaleza pública o privada de la institución<sup>1438</sup>.

### C. Los destinatarios de la transmisión

La limitación no especifica las personas físicas autorizadas a realizar los actos de comunicación pública, por lo que se entiende que éstos pueden llevarse a cabo por alumnos<sup>1439</sup> o, claramente, por profesores o por el personal de la administración y servicios. Sí dispone, en cambio, que “la transmisión ha de estar limitada, en la medida de lo tecnológicamente posible, a estudiantes oficialmente inscritos en el curso”<sup>1440</sup>. Frente al régimen anterior, que mostraba cierta flexibilidad al permitir que la recepción de la emisión pudiera alcanzar a estudiantes no elegibles (garantizar lo contrario sería imposible desde el momento que se autorizaba la transmisión en circuito abierto), la letra c) de la nueva sección 110(2) impone a la institución educativa el deber de garantizar, en la medida de lo posible, una comunicación cerrada. La identificación de los destinatarios podrá llevarse a cabo mediante la implementación de diferentes mecanismos técnicos, p. ej., la introducción de contraseñas. También hace referencia a este requisito el párrafo final aclaratorio de la sección 110(2), en tanto dispone que los materiales almacenados en el servidor no pueden ser accesibles por personas

---

<sup>1436</sup> §110 *in fine*, *Copyright Act*.

<sup>1437</sup> El requisito del ánimo de lucro de la entidad beneficiaria fue también discutido durante el proceso de elaboración del *Report on Copyright and Digital...*, llegando a barajarse la posibilidad de eliminarlo y permitir que la excepción se ampliara también a instituciones educativas con ánimo de lucro. Las principales desventajas de esta opción eran, por un lado, el enriquecimiento injusto —al admitirse que determinadas instituciones obtuvieran importantes beneficios económicos sin remunerar a los autores— y, fundamentalmente, el hecho de que la sección 110(1) se limitaba a las instituciones educativas sin ánimo de lucro —al igual que la versión anterior del apartado segundo—. En el *Report* se reclamaba a un mayor desarrollo de este punto, que, sin embargo, no fue objeto de gran discusión en los debates parlamentarios. *Vid.* *Report on Copyright and Digital...*, (1999), pp. 153-154.

<sup>1438</sup> Sobre los requisitos exigidos a los beneficiarios léase B.T. KEHOE, «The TEACH Act's Eligibility...», (2005).

<sup>1439</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 125-126.

<sup>1440</sup> §110(2)(C).

distintas de los destinatarios previamente identificados<sup>1441</sup>. Además, como veremos, los destinatarios sólo podrán acceder al material por un tiempo limitado.

#### D. Derechos afectados

Tanto el apartado 1 como el apartado 2 de la sección 110, afectan sólo a los derechos de comunicación pública (*display* y *performance*). No obstante por cuestiones técnicas y de oportunidad el legislador autoriza determinadas reproducciones.

En primer lugar, la letra *f* de la sección 112 de la *Copyright Act*<sup>1442</sup>, incorporada también por la *Teach Act*, autoriza el almacenamiento de copias de la obra en los servidores de las instituciones educativas con la finalidad de realizar las transmisiones definidas en la sección 110(2); en última instancia permite la realización de copias o grabaciones de la obra y, por tanto, su reproducción. La finalidad del precepto es, además de facilitar la transmisión, dar cabida a la educación asincrónica<sup>1443</sup>

---

<sup>1441</sup> “For purposes of paragraph (2), [...]. No such material stored on the system or network controlled or operated by the transmitting body or institution under this paragraph shall be maintained on such system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients.”

<sup>1442</sup> Sección 112(f)(1) “Notwithstanding the provisions of section 106, and without limiting the application of subsection (b), it is not an infringement of copyright for a governmental body or other non-profit educational institution entitled under section 110(2) to transmit a performance or display to make copies or phonorecords of a work that is in digital form and, solely to the extent permitted in paragraph (2), of a work that is in analog form, embodying the performance or display to be used for making transmissions authorized under section 110(2), if

(A) such copies or phonorecords are retained and used solely by the body or institution that made them, and no further copies or phonorecords are reproduced from them, except as authorized under section 110(2); and

(B) such copies or phonorecords are used solely for transmissions authorized under section 110(2).

(2) This subsection does not authorize the conversion of print or other analog versions of works into digital formats, except that such conversion is permitted hereunder, only with respect to the amount of such works authorized to be performed or displayed under section 110(2), if —

(A) no digital version of the work is available to the institution; or

(B) the digital version of the work that is available to the institution is subject to technological protection measures that prevent its use for section 110(2).”

<sup>1443</sup> Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001.

—muy común en la enseñanza en línea—. Se establecen como requisitos que la retención y el uso de las copias se realice sólo por la institución beneficiaria, que no se realicen copias posteriores a partir estas copias o grabaciones efímeras, y que, conforme a lo apuntado, tales copias o grabaciones se utilicen sólo para las transmisiones realizadas al amparo de la sección 110(2).

Además, el apartado segundo de la sección 112(f) permite la digitalización de obras en formato analógico si la versión digital no es accesible para institución. Quedaría amparada en este apartado la digitalización de aquellas obras que no existan en formato digital<sup>1444</sup>. Cuando las versiones digitales de las obras incluyen medidas técnicas de protección que no permiten su utilización de conformidad con lo dispuesto en la sección 110(2), se autoriza la conversión de la versión impresa o analógica, pero en ningún caso se permite la desactivación de las medidas antiacceso o anticopia (*vid. infra* apartado G2).

Ya por último, la *Teach Act* incorpora un párrafo final a la sección 110 que implementa una exención de responsabilidad de la institución educativa por las *copias transitorias o temporales* que se generen al realizar las comunicaciones públicas autorizadas por el precepto<sup>1445</sup>. A esta exención se le añade un plus de exigibilidad, orientado a impedir que tales copias sean utilizadas como mecanismo para obtener otras copias. Así, se requiere que las copias transitorias o temporales almacenadas en el sistema o en la red controlados por la institución no sean mantenidas de modo que resulten accesibles a los destinatarios por más tiempo del que resulte razonablemente necesario para llevar a cabo

---

<sup>1444</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 123.

<sup>1445</sup> “For purposes of paragraph (2), no governmental body or accredited non-profit educational institution shall be liable for infringement by reason of the transient or temporary storage of material carried out through the automatic technical process of a digital transmission of the performance or display of that material as authorized under paragraph (2). No such material stored on the system or network controlled or operated by the transmitting body or institution under this paragraph shall be maintained on such system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients. No such copy shall be maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary to facilitate the transmissions for which it was made.”

la comunicación o que faciliten el acceso a personas distintas de las destinatarias de la comunicación.

#### F. La actividad de enseñanza

La *Teach Act* introduce requisitos adicionales relativos al modo en el que se ha de llevar a cabo la actividad de enseñanza en la que se enmarque la transmisión de las obras protegidas. Se impone que la comunicación: a) se realice bajo la dirección o la supervisión del instructor, b) sea parte integrante de una sesión de clase, c) forme parte regular de actividades sistemáticas de instrucción mediada de las entidades beneficiarias, y d) esté relacionada y sirva de apoyo material al contenido educativo de la transmisión.

Con el ánimo de garantizar cierto control sobre las transmisiones, éstas deben realizarse “bajo la dirección o la supervisión efectiva del instructor”. Uno de los objetivos del precepto parece ser la identificación de un responsable para la comunicación, sobre el que, *de facto*, recae un deber de diligencia relativo al desarrollo de los cursos. Qué se entiende por supervisión efectiva ha de interpretarse a la luz de las características específicas de la enseñanza en línea. De acuerdo con las Actas del Senado tal requisito requiere que “el instructor esté, en efecto, supervisando las actividades de clase, y que la supervisión no se realice nominalmente o sólo en teoría. No se pretende requerir ni una supervisión constante en tiempo real por parte del instructor ni tampoco la aprobación previa por el instructor de la comunicación de la obra”<sup>1446</sup>.

La transmisión debe, además, “formar parte integral de una sesión de clase”. Dos apreciaciones al respecto. En primer lugar que la comunicación forme parte integral o esencial de la sesión de clase excluye del ámbito de la excepción las comunicaciones accesorias a la misma. No queda cubierta por la sección 110(2) la transmisión de una obra si tiene como finalidad el entretenimiento de los alumnos o responde a una razón meramente estética. Por otro lado, la alusión a la sesión de clase, se configura como una referencia orientativa, vinculada

---

<sup>1446</sup> Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, p. 9.

a la sempiterna equiparación entre enseñanza en línea y enseñanza presencial, que parece apuntar a la extensión en la que una obra pudiera ser comunicada en el transcurso de una clase presencial. Este requisito exigirá una cautelosa ponderación del número de obras utilizadas y de la extensión en la que pueden ser comunicadas atendiendo al modo en el que dichas obras serían comunicadas en el aula. En todo caso, se trata de un requisito que llama a la coherencia entre la finalidad de la sesión o parte concreta del curso y los materiales utilizados<sup>1447</sup>. De la interacción entre las restricciones estudiadas en este apartado y otros requisitos de la limitación se concluye la ilicitud de la comunicación de dossiers de lecturas o de obras de considerable extensión, ya que éstas no podrían ser comunicadas en el transcurso de “una” clase presencial. Como advierte CREWS, la *Teach Act* se construye sobre la perspectiva de que la enseñanza a distancia debe realizarse en determinadas instalaciones, confinada a estrictas anclas temporales y con todos los elementos integrados en un “paquete” similar al que conformaría una clase magistral<sup>1448</sup>.

El tercero de los requisitos relativos a la actividad de enseñanza exige que “forme parte regular de actividades sistemáticas de instrucción mediada de la institución beneficiaria”. Al aludir a las actividades sistemáticas de instrucción, el precepto parece apuntar a las enseñanzas que se impartan con carácter reglado por la institución. Quedan, pues, al margen de la excepción las *enseñanzas no curriculares* o extraescolares.

El término instrucción mediada hace referencia a la presencia activa de un profesor, que dirija el desarrollo de los cursos y sus contenidos, por contraposición al concepto de autoestudio, de aprendizaje desarrollado directamente desde los materiales<sup>1449</sup>. Implica, por tanto, cierta interactividad entre los sujetos del entorno educativo: los alumnos y los profesores. Este término no aparecía como tal en la versión anterior del artículo y la justificación de su inclusión se encuentra en el *Report* que, en su persistencia en equiparar educación presencial con educación en línea, señala que la clave es asegurar que la comunicación sea análoga al

---

<sup>1447</sup> Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, pp. 9-10.

<sup>1448</sup> K. D. CREWS, «New Copyright Law for Distance...», (2002), p. 3.

<sup>1449</sup> *Vid.* Report on Copyright and Digital..., (1999), p. 10.

tipo de comunicación que tendría lugar en una clase en vivo. En otras palabras, se trata de una utilización de la obra como parte integral de la experiencia de clase, controlada por el instructor, y no de poner a disposición de los alumnos información suplementaria<sup>1450</sup>. Como corolario a este razonamiento en el *Report* se formula la recomendación de enfatizar el concepto de instrucción medida<sup>1451</sup>.

Finalmente la comunicación de la obra protegida “debe estar directamente relacionada y servir de apoyo material al contenido educativo de la transmisión”. Se trata de un requisito similar e íntimamente relacionado con el relativo a la parte integral de una sesión de clase. Ambos introducen un test de la relevancia relativo a la inclusión de la comunicación pública de la obra en el curso. Dicho test hace referencia tanto al contenido —es decir, a la relación de la obra y el objeto de enseñanza—, como a la cantidad —ha de comunicarse sólo lo estrictamente necesario para llevar a cabo la actividad concreta de

---

<sup>1450</sup> “An exemption that includes elements of the reproduction right so as to allow a student to access individual works asynchronously raises a new, unintended problem. When a work is performed or displayed by an instructor in person, a student’s ability to perceive it is limited by the manner and duration of the act of performance or display. This is true whether the student is in the classroom or receiving the class remotely. Once the work is posted on a network site, and can be performed or displayed at the student’s discretion, these limitations disappear. If an entire work can be viewed on a computer screen, repeatedly, whenever a student chooses and for an indefinite duration, the performance or display could conceivably function as a substitute for the purchase of a copy. This problem may be particularly acute for textual materials produced for student use, like textbooks or coursepacks, which are normally purchased or licensed. The current language of section 110(2) had no need to address this issue because the technology of 1976 did not make it possible for a display of a textbook to substitute for its purchase. It is necessary, however, to do so in the course of updating section 110(2). The key is to ensure that the performance or display is analogous to the type of performance or display that would take place in a live classroom setting. In other words, it is a use of the work as an integral part of the class experience, controlled by the instructor, rather than as supplemental or background information to be experienced independently. This might be accomplished by amending paragraph (A) of section 110(2), which requires the performance or display to be “a regular part of... systematic instructional activities,” to focus on the concept of mediated instruction. Additional language could specify that the performance or display must be made by or at the direction of an instructor to illustrate a point in, or as an integral part of, the equivalent of a class session in a particular course.” Report on Copyright and Digital..., (1999), pp. 147-148.

<sup>1451</sup> Report on Copyright and Digital..., (1999), pp. xvii y 147.

enseñanza—<sup>1452</sup>. Nuevamente, se concluye la imposibilidad de utilizar materiales superfluos<sup>1453</sup>, que tampoco tendrían cabida en el desarrollo de la misma clase en su versión presencial.

### G. Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas de protección

Las disposiciones relativas a las medidas tecnológicas de protección, junto con las relativas a las obligaciones de información, responden a la necesidad de introducir salvaguardas adicionales que limiten los nuevos riesgos inherentes a la explotación de las obras en formato digital<sup>1454</sup>. Se dispone así la obligación de las instituciones educativas de, por un lado, adoptar medidas tecnológicas de protección que prevengan usos no autorizados de la obra y, por otro, respetar las medidas de protección impuestas por terceros.

#### *g1 La adopción de medidas tecnológicas de protección*

En primer lugar, las instituciones educativas deberán implementar medidas tecnológicas que “razonablemente impidan la retención de las obras en forma accesible por los destinatarios durante más tiempo que el de la sesión de clase, así como la ulterior diseminación no autorizada de la obra.”

El adverbio “razonablemente” suaviza la exigencia respecto del grado de eficacia de las medidas a adoptar, de modo que no se requiere que sea perfecta. La institución ha de implementar las medidas tecnológicamente eficaces que estén a su alcance. En este sentido, el propio Congreso considera que ni se impone un deber de garantizar que la retención o diseminación de la obra nunca se produzca, ni, en

---

<sup>1452</sup> *Vid.* Report on Copyright and Digital..., (1999), p. 80.

<sup>1453</sup> Léase el Report on Copyright and Digital..., (1999), p. 80, que al comentar el requisito similar contemplado en la versión anterior del precepto, concluye: “This test of relevance and materiality connects the copyrighted work to the curriculum. It would rule out the section’s applicability to the use of a work for entertainment purposes”.

<sup>1454</sup> Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, p. 3. También House of Representatives, 107th Congress 2nd Session, Report 107-687, de 25/09/2002, pp. 11 y ss.



ningún caso, existe una obligación de controlar la conducta del destinatario<sup>1455</sup>.

En cuanto a la prevención relativa a la retención de las obras de forma accesible más allá de la sesión de clase, se pretende evitar la generación de una copia permanente y accesible en el ordenador del destinatario o en cualquier otro soporte —p. ej. la impresión—. Atendiendo a los antecedentes de la norma, la referencia a la sesión de clase ha de interpretarse, nuevamente, a partir de la analogía con la enseñanza presencial<sup>1456</sup>. Los destinatarios de la comunicación sólo podrán

---

<sup>1455</sup> “This requirement does not impose a duty to guarantee that retention and further dissemination will never occur. Nor does it imply that there is an obligation to monitor recipient conduct. Moreover, the “reasonably prevent” standard should not be construed to imply perfect efficacy in stopping retention or further dissemination. The obligation to “reasonably prevent” contemplates an objectively reasonable standard regarding the ability of a technological protection measure to achieve its purpose. Examples of technological protection measures that exist today and would reasonably prevent retention and further dissemination, include measures used in connection with streaming to prevent the copying of streamed material, such as the Real Player “Secret Handshake/Copy Switch” technology discussed in *Real Networks v. Streambox*, 2000 WL 127311 (Jan. 18, 2000) or digital rights management systems that limit access to or use of encrypted material downloaded onto a computer. It is not the Committee’s intent, by noting the existence of the foregoing, to specify the use of any particular technology to comply with subparagraph (2)(D)(ii). Other technologies will certainly evolve. Further, it is possible that, as time passes, a technological protection measure may cease to reasonably prevent retention of the work in accessible form for longer than the class session and further dissemination of the work, either due to the evolution of technology or to the widespread availability of a hack that can be readily used by the public. In those cases, a transmitting organization would be required to apply a different measure.” House of Representatives, 107<sup>th</sup> Congress 2<sup>nd</sup> Session, Report 107-687, de 25/09/2002, p. 13.

<sup>1456</sup> “The requirement that technological measures be applied to limit retention for no longer than the “class session” refers back to the requirement that the performance be made as an “integral part of a class session.” The duration of a “class session” in asynchronous distance education would generally be that period during which a student is logged on to the server of the institution or governmental body making the display or performance, but is likely to vary with the needs of the student and with the design of the particular course. It does not mean the duration of a particular course (p. ej., a semester or term), but rather is intended to describe the equivalent of an actual single face-to-face mediated class session (although it may be asynchronous and one student may remain online or retain access to the performance or display for longer than another student as needed to complete the class session). Although flexibility is necessary to accomplish the pedagogical goals of distance education, the Committee expects that a common sense construction will be applied so that a copy or phonorecord displayed or performed in the course of a distance education

disfrutar de la obra durante un período de tiempo limitado<sup>1457</sup>, equivalente a la duración de la comunicación pública en el aula. Para R. XALABARDER la obligación de implementación de medidas tecnológicas de protección se convierte *de facto* en un límite al tipo de obras cubiertas por la excepción: sólo quedan amparadas por la excepción aquellas obras que no necesitan ser retenidas por el estudiante y que pueden ser asimiladas en una única sesión de “streaming”<sup>1458</sup>. Nuevamente de lo que se trata es de impedir que las utilizaciones amparadas por la excepción sustituyan la adquisición de la obra<sup>1459</sup>.

Además, la institución educativa deberá implementar medias tecnológicas que eviten la ulterior diseminación de la obra, lo cual se encuentra justificado<sup>1460</sup> en tanto se entiende que lo contrario perjudicaría de manera excesiva a los titulares de derechos.

La obligación de la imposición de medidas tecnológicas de protección ha sido muy criticada en los EE.UU. al llevar implícita inversiones

---

program would not remain in the possession of the recipient in a way that could substitute for acquisition or for uses other than use in the particular class session. Conversely, the technological protection measure in subparagraph (2)(D)(ii) refers only to retention of a copy or phonorecord in the computer of the recipient of a transmission. The material to be performed or displayed may, under the amendments made by the act to section 112 and with certain limitations set forth therein, remain on the server of the institution or government body for the duration of its use in one or more courses, and may be accessed by a student each time the student logs on to participate in the particular class session of the course in which the display or performance is made. The reference to “accessible form” recognizes that certain technological protection measures that could be used to comply with subparagraph (2)(D)(ii) do not cause the destruction or prevent the making of a digital file; rather they work by encrypting the work and limiting access to the keys and the period in which such file may be accessed. On the other hand, an encrypted file would still be considered to be in “accessible form” if the body or institution provides the recipient with a key for use beyond the class session.” House of Representatives, 107<sup>th</sup> Congress 2<sup>nd</sup> Session, Report 107-687, de 25/09/2002, pp. 12-13.

<sup>1457</sup> K. D. CREWS, «New Copyright Law for Distance...», (2002), p. 7.

<sup>1458</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 119-120 y 127. *Vid.* también Senate, 107<sup>th</sup>, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, p. 12.

<sup>1459</sup> Senate, 107<sup>th</sup>, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, p. 12.

<sup>1460</sup> En el mismo sentido Senate, 107<sup>th</sup>, 1st Session, Report 107-31, 05/06/2001, p. 119.

económicas no despreciables y requerir unas habilidades y capacidad técnica que no siempre poseen las instituciones educativas<sup>1461</sup>.

*g2 El respeto a las medidas tecnológicas de protección adoptadas por los titulares de derechos*

Por otro lado, se requiere que la institución “no interfiera en las medidas establecidas por los titulares de derechos para prevenir la retención o diseminación de la obra”. Resulta aplicable, por tanto, el régimen general de protección otorgado a las medidas tecnológicas. Las instituciones educativas no podrán eludir las medidas, no se otorga ningún mecanismo privilegiado que posibilite el disfrute de los límites. Cabe recordar, no obstante, que la sección 1201d) de la *Copyright Act* exime de responsabilidad a las instituciones educativas sin ánimo de lucro que eluden las medidas tecnológicas con el único propósito de decidir si adquieren o no un ejemplar de la obra. También a este respecto resulta pertinente aludir a la Recomendación del Registro de Copyright adoptada en noviembre de 2006 por la Biblioteca del Congreso<sup>1462</sup> en cumplimiento del mandato dispuesto por la Sección 1201(a)(1)(C) de la *Copyright Act*<sup>1463</sup>. La norma excepciona de las prohibiciones relativas a la elusión de las medidas tecnológicas a las obras audiovisuales incluidas en la biblioteca educativa del

<sup>1461</sup> W. FISHER/ W. MCGEVERAN, «The Digital Learning Challenge...», (2006), p. 47.

<sup>1462</sup> Library of Congress, Copyright Office, Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, Federal Register: November 27, 2006 (Volume 71, Number 227), pp. 68472-68480.

<sup>1463</sup> “During the 2-year period described in subparagraph (A), and during each succeeding 3-year period, the Librarian of Congress, upon the recommendation of the Register of Copyrights, who shall consult with the Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce and report and comment on his or her views in making such recommendation, shall make the determination in a rulemaking proceeding for purposes of subparagraph (B) of whether persons who are users of a copyrighted work are, or are likely to be in the succeeding 3-year period, adversely affected by the prohibition under subparagraph (A) in their ability to make noninfringing uses under this title of a particular class of copyrighted works. In conducting such rulemaking, the Librarian shall examine -(i) the availability for use of copyrighted works; (ii) the availability for use of works for nonprofit archival, preservation, and educational purposes; (iii) the impact that the prohibition on the circumvention of technological measures applied to copyrighted works has on criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, or research; (iv) the effect of circumvention of technological measures on the market for or value of copyrighted works; and (v) such other factors as the Librarian considers appropriate.”

departamento de estudios de comunicación audiovisual o cine de un *college* o una universidad, cuando la elusión tenga como finalidad la elaboración de compilaciones de extractos de esas obras para su uso educativo en la clase por profesores de cine o de estudios audiovisuales<sup>1464</sup>. Sin embargo, si atendemos a los antecedentes del precepto, a la justificación que esgrimen sus promotores y a la alusión específica a las aulas físicas —*classroom*—, todo apunta a que la excepción sólo se aplica a la enseñanza presencial y no a la enseñanza a distancia.

Como corolario a la regulación de las medidas tecnológicas de protección, la sección 1.d) de la *Teach Act* ordena a la Oficina de Patentes y Marcas (*United States Patent and Trademark Office*) la elaboración de un informe que describa los sistemas de protección tecnológica para proteger obras protegidas o prevenir la infracción de los derechos de propiedad intelectual. Al informe se le atribuyen efectos meramente informativos y en ningún caso debe entenderse que afecta, directa o indirectamente, a las disposiciones de la *Copyright Act*, particularmente a las obligaciones de las instituciones educativas relativas a las medidas tecnológicas de protección<sup>1465</sup>. Cumpliendo con

---

<sup>1464</sup> Literalmente: “Audiovisual works included in the educational library of a college or university’s film or media studies department, when circumvention is accomplished for the purpose of making compilations of portions of those works for educational use in the classroom by media studies or film professors.”

<sup>1465</sup> “(1) IN GENERAL- Not later than 180 days after the date of enactment of this Act and after a period for public comment, the Undersecretary of Commerce for Intellectual Property, after consultation with the Register of Copyrights, shall submit to the Committees on the Judiciary of the Senate and the House of Representatives a report describing technological protection systems that have been implemented, are available for implementation, or are proposed to be developed to protect digitized copyrighted works and prevent infringement, including upgradeable and self-repairing systems, and systems that have been developed, are being developed, or are proposed to be developed in private voluntary industry-led entities through an open broad based consensus process. The report submitted to the Committees shall not include any recommendations, comparisons, or comparative assessments of any commercially available products that may be mentioned in the report.

(2) LIMITATIONS- The report under this subsection--

(A) is intended solely to provide information to Congress; and

(B) shall not be construed to affect in any way, either directly or by implication, any provision of title 17, United States Code, including the requirements of clause (ii) of section 110(2)(D) of that title (as added by this Act), or the interpretation or application of such

tal mandato, se publica en 2003 el *Report on Technology to Protect Digitized Copyrighted Works*, que, con la debida cautela, da cuenta de los principales sistemas de protección y de las principales empresas que lo desarrollan<sup>1466</sup>.

#### H. Deberes de información

Ya por último, la ley impone a las instituciones educativas determinados deberes de información que se concretan en la instauración de políticas o normas internas relativas al *copyright*; la provisión al profesorado, estudiantes y miembros relevantes de la plantilla de materiales informativos que describan de manera precisa la normativa de los derechos de autor y fomenten su cumplimiento; y la advertencia a los estudiantes de que el material usado en relación con el curso puede estar sujeto a derechos de autor<sup>1467</sup>. Tales requisitos tienen como fin promover el cumplimiento de la ley, informar a los usuarios de sus responsabilidades y disminuir los riesgos de violaciones al *copyright* no intencionadas y desinformadas.

#### 5. Consideraciones finales: La aplicación del art. 32.2 LPI a la enseñanza en línea.

Al estudiar la finalidad adscrita a las utilizaciones autorizadas por el art. 32.2 LPI<sup>1468</sup>, advertíamos que, pese a la inclusión de la comunicación al público entre los actos de explotación permitidos, probablemente la voluntad del legislador había sido no incluir en el ámbito de aplicación del precepto las utilizaciones en línea. Tal conclusión se derivaba de la eliminación de la alusión a la enseñanza a distancia en la parte

---

provisions, including evaluation of the compliance with that clause by any governmental body or nonprofit educational institution.”

<sup>1466</sup> Accesible en <http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/teachreport.pdf>.

<sup>1467</sup> Obligaciones de información se contemplan también en otras limitaciones de la norma, como por ejemplo la contenida en la sección 108 sobre reproducciones llevadas a cabo por las bibliotecas.

<sup>1468</sup> En este Capítulo, *ut supra* apartado II.6.

expositiva de la norma<sup>1469</sup>, de una interpretación restrictiva de la expresión “en las aulas”, y, sobre todo, del silencio clamoroso que los autores de la norma guardan ante las críticas formuladas por el Consejo de Estado y otras voces que entienden que, con la referencia a “en las aulas”, el legislador pretende restringir la aplicación del art. 32.2 LPI a la enseñanza presencial.

Recordemos que el Consejo de Estado, en su Dictamen al Anteproyecto de Ley observa que la alusión a “en las aulas”:

“puede resultar demasiado excluyente (o incluso irrazonable, por el trato desigual que supone) respecto de las enseñanzas a distancia, *on line*, o no presenciales en general, enseñanzas estas que deberían estar también listadas junto a la presencial “en las aulas”.”

Su opinión es, como ya hemos apuntado, esgrimida ante las Cortes por los representantes de los usuarios<sup>1470</sup> y por las representaciones políticas. En el Congreso, las enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios —el Vasco<sup>1471</sup>, Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Els Verds<sup>1472</sup>, el Catalán<sup>1473</sup> y Esquerra Republicana<sup>1474</sup>— proponen eliminar toda referencia a las aulas de forma que los actos autorizados por el art. 32.2 también puedan realizarse en el marco de la enseñanza en línea.

Ninguna de las propuestas fue ni atendida ni contestada, por lo que todo apunta a que el legislador no pretende, al regular las limitaciones docentes, extender su ámbito de aplicación a los cursos virtuales.

No obstante, también en el apartado II.6 defendíamos que una interpretación literal del precepto, más respetuosa con el principio de neutralidad tecnológica y con las necesidades educativas, podía admitir

---

<sup>1469</sup> Recordemos que la Memoria del Borrador de 2002 expresamente aludía la aplicación de la nueva limitación incluida “la enseñanza a distancia basada en el uso de nuevas tecnologías”. Vid supra, nota 1024.

<sup>1470</sup> Vid. supra nota 1042.

<sup>1471</sup> Enmienda núm. 23, reproducida anteriormente en nota 1046.

<sup>1472</sup> Enmienda núm. 38 reproducida en nota 1047.

<sup>1473</sup> Vid. supra Enmienda núm. 92 en nota 1050.

<sup>1474</sup> Enmienda 132, en nota 1048.

su aplicación a las actividades de enseñanza en línea<sup>1475</sup>. De hecho, en los cursos de enseñanza en línea se habilitan espacios exclusivamente dedicados para impartir docencia, que, dicho sea de paso, suelen recibir la denominación de “aulas”.

Admitiendo esta segunda opción y, por tanto, la aplicación del precepto a las actividades educativas que se llevan a cabo en las aulas virtuales, cabe preguntarse si, de acuerdo con lo exigido por el art. 40 bis o en aplicación de la cláusula general incorporada al art. 32.2 LPI—en la medida justificada por la finalidad [...] perseguida— debe adoptarse una interpretación restrictiva de la expresión “en las aulas” que, eventualmente, imponga a los potenciales beneficiarios de la limitación la adopción de determinadas cautelas cuando los actos de explotación que pretendan realizar al amparo del art. 32.2 se desarrollen en actividades de enseñanza en línea.

Recordemos que el art. 40 bis LPI exige que las limitaciones no se interpreten de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran. Si bien, como concluimos en su momento, entendemos que la citada disposición no puede servir para exigir requisitos adicionales a los contemplados en los preceptos que de manera específica regulan las limitaciones<sup>1476</sup>, sí consideramos que puede reclamar que la interpretación del término en las aulas se adopte a partir del “principio de equivalencia funcional”. Es decir, que se exija que las aulas virtuales o, siendo más precisos, los actos de explotación o ilustración llevados a cabo en las mismas, respondan a las mismas características que los actos de explotación llevados a cabo en las aulas en las que se imparte la enseñanza presencial.

---

<sup>1475</sup> En el mismo sentido J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en *La Ley de Propiedad Intelectual...*, (2006), p. 36: «Por las aulas habrá que entender (como la ley no distingue) que puede comprender aulas presenciales y las muy en boga aulas virtuales». Aunque advierte que «habrá que seguir muy de cerca la aplicación de este límite al contexto digital de la enseñanza en línea». Nótese que C. GARRIGUES parece entender que el art.32.2 autoriza la puesta a disposición al público se realice a través de redes cerradas. «Spain», (2007), p. 422.

<sup>1476</sup> *Vid. supra* Capítulo 2, apartado II.1.2.C.

Así, en primer lugar, éstos deberían enmarcarse en un espacio en el que participen sólo, o principalmente, los miembros de la clase, lo cual nos llevaría a la exigencia de que los destinatarios de la explotación fueran los docentes o los alumnos matriculados en un determinado curso —algo que, evidentemente, no sucede respecto a las utilizaciones realizadas en las páginas web o aulas “abiertas” que para un curso mantenga un profesor—. A este razonamiento responden, lo hemos visto, la normativa belga, los requisitos exigidos por los acuerdos sectoriales franceses, o la ley estadounidense. En todos ellos se exige que la puesta a disposición de las obras protegidas realizadas en el marco de la enseñanza en línea sólo puedan llevarse a cabo a través de redes cerradas o previa identificación de los destinatarios.

En segundo lugar, los actos de ilustración de la enseñanza presencial llevados a cabo en una determinada aula suelen estar necesariamente acotados por “anclas temporales”. Ningún curso ni, mucho menos, una explicación se prolonga de manera indefinida en el tiempo. De este modo, también una interpretación de la expresión “en las aulas” pudiera exigir que el acto de explotación no extendiera sus efectos en el tiempo más allá de lo estrictamente necesario para cumplir los objetivos de la limitación. Y ello impediría, por ejemplo, que se dejaran “colgados” los materiales en el aula virtual durante un período de tiempo excesivo —entendemos que el período máximo debería ser la duración de un curso o, en su caso, el período temporal en el que se ha previsto la explicación de una determinada materia (que no ha de ser, necesariamente, una sola clase)—. Las restricciones incorporadas en la normativa estadounidense, relativas a la instauración de medidas tecnológicas de protección que impidan la retención e ulterior diseminación de la obra<sup>1477</sup> persiguen este objetivo. Podría así, por ejemplo, estimarse conveniente la incorporación de mecanismos que impidieran la descarga en el ordenador personal de los alumnos de las imágenes de alta resolución comunicadas a los mismos en un curso en la red. Obviamente, la puesta a disposición al público de tales obras y su ulterior descarga podría conducir a la proliferación de imágenes

---

<sup>1477</sup> Véase supra apartado III.4.2.G.1.



perfectas de tales obras, perjudicando en demasía los intereses legítimos de los titulares de derechos.

Para que tales requisitos se consideren necesarios en virtud de la aplicación del art. 40 bis, deberá constatarse que se produce un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que se atente contra la explotación normal de la obra. Ahora bien, dadas las restricciones tan rigurosos que incorpora la limitación española —restricciones cualitativas y cuantitativas respecto a las obras protegidas y restricciones subjetivas en relación con los beneficiarios (y, consecuentemente, con el tipo de enseñanza en el ámbito de la cual se puede ejercer la limitación)— no estamos muy seguros de que la aplicación del art. 40 bis requiera, necesariamente y por regla general, la adopción de tales medidas.

En ausencia de perjuicio o de concurrencia con la explotación normal de la obra, la exigencia de medidas del tipo de las referidas sólo puede requerirse, en su caso, en virtud de la aplicación de la cláusula general del art. 32.2 LPI (“en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida”). La citada cláusula exige un análisis de proporcionalidad relativo a la extensión o intensidad en la que la obra puede ser utilizada y la finalidad específica del uso, en este caso, la ilustración de las actividades educativas en las aulas<sup>1478</sup>. Al analizar la DDASI ya sugerimos que la cláusula general podrá requerir que se adopten mecanismos necesarios para que el acto de explotación limite sus efectos potenciales a los afectados por la actividad de ilustración<sup>1479</sup>, es decir, que se impongan medidas que eviten la diseminación de la obra a destinatarios distintos de los implicados en la actividad de enseñanza, en tanto tal explotación no resulta justificada por la finalidad de la actividad educativa. Toda explotación que trascienda lo estrictamente necesario para cumplir con la finalidad de la limitación no resulta justificada y, por tanto, queda al margen del precepto, resultando necesario obtener la autorización del titular de derechos. De ahí que concluyamos que sí resulta una exigencia para el profesor de educación reglada la adopción de los mecanismos a su alcance para circunscribir el

---

<sup>1478</sup> *Vid.* supra apartado II.7.

<sup>1479</sup> *Vid.* supra, Capítulo 2, apartado II.1.2.E2.

acto de explotación a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la finalidad educativa.

La puesta en marcha de otras medidas, como las relativas a las políticas de información y sensibilización contempladas en los acuerdos sectoriales franceses<sup>1480</sup> o en la normativa estadounidense<sup>1481</sup>, no nos parecen, sin embargo, jurídicamente exigibles. Su implementación por las instituciones educativas —o por éstas en coordinación con las Administraciones competentes en materia de educación y cultura y/o con representantes de los titulares de derechos— podría considerarse, eso sí, deseable para estimular el conocimiento y respeto de la propiedad intelectual. No obstante, no hemos de pasar por alto las dificultades que deberán enfrentar las instituciones educativas para alcanzar un consenso suficiente sobre el contenido de las citadas “políticas”.

En todo caso, ha de señalarse que el legislador español ha dejado pasar una excelente oportunidad, no sólo para “regularizar” las utilidades de obras protegidas que tienen lugar en los entornos educativos en línea, sino, incluso, para estimular el desarrollo de licencias y mercados a tales fines.

A lo largo de este apartado hemos estudiado las principales características de algunos de los sistemas adoptados en otros países. De los ejemplos citados, nos parece que el belga es el que más se ha acercado a una solución equilibrada; y ello sin perjuicio de los claroscuros que presenta el precepto —¿alcance efectivo de la cláusula relativa a la explotación normal de la obra?, ¿actividades “propias” del establecimiento?— y su futura implementación. El sistema estadounidense nos parece demasiado gravoso para las instituciones educativas, dado el alcance tan limitado y restrictivo que tiene la excepción<sup>1482</sup> —incluso aunque se trate de “usos gratuitos”— y la

---

<sup>1480</sup> *Vid. supra* apartado III.3.3.G.

<sup>1481</sup> *Vid. supra*, en este Capítulo, apartado III.3.4.H.

<sup>1482</sup> R. XALABARDER, «Copyright and Digital...», (2003), p. 127.

cantidad de obligaciones que han de soportar las mismas<sup>1483</sup>. Y también una valoración negativa nos merecen el régimen previsto en el ordenamiento francés y el contemplado en el texto de los acuerdos sectoriales, sobre todo si tenemos en cuenta que los usos autorizados en los mismos —que, no lo olvidemos, incorporan importantes restricciones cualitativas y cuantitativas— generan una remuneración a favor de los titulares de derechos.

En España podría haberse aprovechado la transposición de la DDASI para, sin perjuicio de admitir determinados usos inofensivos bajo una excepción gratuita, instaurar una licencia no voluntaria similar a la prevista en la ley belga<sup>1484</sup>. Pero, como es sabido, el legislador español es bastante reticente a la instauración de tales sistemas. Menos agresiva hubiera sido la determinación del carácter subsidiario del sistema de limitaciones —como ocurre en la normativa británica en relación con las limitaciones docentes relativas a la reprografía—. La bondad de dicho sistema, aún de considerable complejidad, radica en la subsidiariedad: las licencias no voluntarias sólo entran en juego si el titular de derechos no ha puesto en marcha sus propias licencias en condiciones razonables, cuyos términos podrán ser desafiados ante el *Copyright Tribunal*. No obstante, implementada la reforma de la LPI, tales

---

<sup>1483</sup> En el mismo sentido: W. FISHER/ W. MCGEVERAN, «The Digital Learning Challenge...», (2006), p. 46; CENTRE FOR EDUCATIONAL RESEARCH AND INNOVATION (CERI), *Giving Knowledge for Free ...*, (2007), p. 79.

<sup>1484</sup> También se manifiesta a favor de un régimen de licencia no voluntarias para la educación en línea, R. XALABARDER, «Copyright exceptions for teaching purposes...», p. 31. *Vid.* igualmente las conclusiones contempladas en el Informe Final del Grupo de investigación Research Group on Copyright and Digital Distance Education: «we favour the adoption of a statutory compulsory licensing scheme to allow the use of works for teaching purposes over the Internet, subject to strict quantity limitations and to remuneration fees (based on number of students, amount of work used and time) operated by collecting societies. Being a statutory (and compulsory) license, collecting societies have no need to prove that they have been granted the corresponding rights from the copyright owners (currently, this being a main impediment in the management of digital rights on works initially exploited in printed form). It is also fundamental that technological measures be adopted so as to avoid further (unauthorized) uses of these works by students». R. XALABARDER/ M. VILAMITJANA, en «Final Report», (2003), pp. xliii-xliv.

El citado grupo de investigación, coordinado por R. XALABARDER, aunaba expertos de más de 11 países diferentes, cuyos informes han sido frecuentemente citados a lo largo de la presente obra.

posibilidades ya ni siquiera son hipótesis. La única acción inmediata —y a corto plazo viable— que nos atrevemos a sugerir al legislador o al ejecutivo español es la incitación a la preparación de acuerdos generales que, más ambiciosos que los franceses, contribuyan a facilitar la utilización de todo tipo de obras protegidas en las actividades educativas y, llegado el caso, a dar cierto impulso el mercado de las licencias para usos educativos. A tal efecto, las Administraciones competentes deberían comenzar por la constitución de una mesa de diálogo con los diferentes sectores interesados, a saber: la educación (reglada y no reglada) y los titulares de derechos.

En todo caso, en la actualidad y un futuro próximo, las únicas posibilidades que tenemos para utilizar obras protegidas en nuestras clases (sin la correspondiente autorización) son las ofrecidas por el art. 32.2 LPI, y, en su caso, por el art. 32.1 LPI referido a las citas “con fines docentes” y por los arts. 34.2 b) LPI y 135.1 b) LPI que contemplan sendas limitaciones a los derechos de las bases de datos con fines de ilustración en la enseñanza. Ya hemos visto que el alcance del art. 32.2 LPI no es demasiado generoso. Tampoco el de las restantes disposiciones señaladas. A ellas dedicaremos el último apartado de este Capítulo.

## IV. OTRAS LIMITACIONES DOCENTES EN LA LPI

### 1 *Introducción*

Además del art. 32.2, la LPI contempla otras limitaciones directamente vinculadas con fines educativos. Se trata de la cita (art. 32.1) sometida en nuestro Derecho a fines docentes y de las excepciones previstas con fines de ilustración en la enseñanza para los derechos sobre las bases de datos (arts. 34.2 b) y 135.1 b)). A las disposiciones mencionadas dedicaremos la última parte de este trabajo. Al proceder al análisis de los artículos mencionados no profundizaremos, como en apartados precedentes, en el Derecho comparado. Y ello porque, en relación con la cita, ésta no queda, en los ordenamientos de nuestro entorno, limitada a los fines docentes, configurándose por tanto, como una excepción distinta y diferenciada de las previstas con fines de enseñanza. En cuanto a las excepciones relativas a los derechos sobre las bases de datos, su escasa relevancia práctica —más hipotética que real— justifica que realicemos un análisis menos intenso de las mismas.

### 2 *El derecho de cita*

El “derecho de cita”, tal y como viene definido en el art. 32.1.1º de la LPI, debe ejercerse con “fines docentes o de investigación”. Tal especificación —que se nos antoja, lo desarrollaremos inmediatamente, en exceso restrictiva— justifica el estudio del precepto en el presente trabajo. Recordemos que, hasta la reforma efectuada por la Ley 23/2006 y salvando las excepciones específicas para las bases de datos, nuestra LPI no establecía ninguna otra limitación con fines educativos. La nueva excepción de “ilustración de la enseñanza” no sustituye a la cita respecto a las utilidades docentes<sup>1485</sup>. Al amparo del art. 32.1.1º podrán llevarse a cabo, siempre que cumplan los requisitos exigidos por el precepto, determinadas utilidades que, según lo estudiado con anterioridad, quedan fuera del alcance del art. 32.2. A título meramente ilustrativo: las realizadas *por estudiantes* —p. ej. la incorporación de

---

<sup>1485</sup> *Vid.* infra apartado II.2.7.

imágenes a las presentaciones que realicen de sus trabajos en las aulas—<sup>1486</sup>; las referidas a actividades docentes de *educación no reglada* —así, las que se lleven a cabo en el marco de actividades no curriculares—<sup>1487</sup>; las que tengan lugar *fuera del aula* —p. ej. su reproducción en una clase celebrada fuera de la institución docente—<sup>1488</sup>; o las que tengan por objeto la utilización de fragmentos de las *obras marginadas* del art. 32.2 —“los libros de texto o los manuales de universitarios”—<sup>1489</sup>. De ahí que resulte pertinente proceder al análisis de los diferentes requisitos incorporados al derecho de cita que, según lo dispuesto por el art. 32.1.1<sup>o</sup><sup>1490</sup>, autoriza:

“la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.”

### 2.1 Los fines docentes y de investigación como parámetro de licitud del derecho de cita

La primera nota a tener en cuenta al abordar el estudio del derecho de cita es su *finalidad*. De acuerdo con lo exigido en el precepto, la cita debe realizarse “con fines docentes o de investigación”. La doctrina, casi mayoritariamente, entiende que la interpretación que debe darse a tal finalidad ha de ser necesariamente amplia, hasta el punto que incluso fines no estrictamente docentes o de investigación deberían quedar

---

<sup>1486</sup> Vid. supra apartado II.2.2B1.

<sup>1487</sup> Vid. supra apartado II.2.2B2.

<sup>1488</sup> Vid. supra apartado II.6.2B.

<sup>1489</sup> Vid. supra apartado II.5.2B.

<sup>1490</sup> El párrafo primero del art. 32.1.1<sup>o</sup> no ha sufrido modificaciones de importancia con la reforma de la Ley 23/2006. Sólo se ha eliminado el adjetivo análogo —“obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo”, de acuerdo con la versión anterior a la reforma—, sin que ello tenga trascendencia alguna. En el mismo sentido, R. BERCOVITZ, en «Los derechos de autor y los límites...», (2006), p. 52, nota 44.

amparados por la norma<sup>1491</sup>. A efectos de nuestro objeto de estudio —precisamente limitaciones “docentes”—, la finalidad no plantea, por tanto, mayores problemas.

Sin embargo, merece la pena introducir una breve reflexión sobre la opción adoptada por el legislador español a la hora de someter la cita, de manera explícita, a “fines docentes o de investigación”. No olvidemos que ni el texto de Berna<sup>1492</sup> ni la DDASI<sup>1493</sup> restringen la limitación en este sentido. En cuanto al Derecho comparado, la configuración de la cita, desde la perspectiva de los fines a los que sirve, responde a diferentes modelos. Algunos países, los menos, siguiendo un modelo muy similar al nuestro, limitan la excepción a los fines didácticos o de investigación<sup>1494</sup>. Otros enuncian un listado más amplio de fines entre los cuales pueden destacarse, o no, los científicos y educativos<sup>1495</sup>, o bien no especifican los fines a los que sirve la cita<sup>1496</sup>.

<sup>1491</sup> Entre ellos, F. LLEDÓ, «Artículos 31 y 32», (1989), p. 31; M. DEL C. GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 32», (1994), p. 556; o R. CASAS, que llega a tildar la referencia a las finalidades docentes y de investigación de «restricción absurda», en R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 90. Léase también, del último autor citado, «Spain», (2003), p. 209. De la misma opinión que los autores citados: R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), pp. 550 y ss.

<sup>1492</sup> El art. 10.1 del Convenio de Berna dispone: “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.” C. ROGEL ha cuestionado la potestad de los estados de retringir más allá de lo exigido en Berna la libertad de cita. Dicha afirmación se sostiene en la naturaleza imperativa que el Convenio otorga al precepto. «La inclusión de obras plásticas...», (2003), p. 304.

<sup>1493</sup> A la cita se refiere la letra d) del art. 5.3 DDASI que, en una redacción innecesariamente restrictiva, establece: “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 [...] cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido”.

<sup>1494</sup> Es el caso de la legislación argentina: “Cualquiera puede publicar *con fines didácticos o científicos* comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.” Art. 10, Ley 11.723 de 1933.

<sup>1495</sup> El art. 22§1er de la ley belga alude a los fines de “critique, de polémique, de revue, d’enseignement, ou dans des travaux scientifiques”, *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d’auteur et aux droits voisins*. El art. 25 de la Ley suiza al “commentaire, référence ou

Finalmente, en las legislaciones de la órbita del *copyright*, el derecho de cita queda subsumido en excepciones generales, del tipo del *fair use*<sup>1497</sup>.

Una interpretación literal, estricta, de los “fines docentes o de investigación” expulsaría del ámbito de la limitación actividades ajenas a una voluntad didáctica o científica<sup>1498</sup>. Los defensores de esta postura —que, como hemos avanzado, es minoritaria— basan su argumentación en la interpretación restrictiva que debe darse a las limitaciones y en la voluntad del legislador<sup>1499</sup>. Por el contrario, una interpretación extensiva de la finalidad docente o de investigación, daría cabida a la utilización de citas con fines más amplios. Entre ellos, la doctrina ha destacado los informativos<sup>1500</sup>, los literarios<sup>1501</sup> o los culturales<sup>1502</sup>. Ya dejábamos apuntada, unos párrafos atrás, nuestra adhesión a esta interpretación extensiva de la finalidad de la cita, al considerarla la más razonable. No sólo porque se corresponde al uso

---

démonstration”, *Loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992*. En otros casos no se especifica la finalidad, pero ésta viene definida de modo indirecto por el tipo de obra en la que se realiza la incorporación: “3<sup>o</sup> Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l’auteur et la source [...] Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d’information de l’oeuvre à laquelle elles sont incorporées”, art. L122-5.3<sup>o</sup>a) de la ley francesa, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>1496</sup> P. ej., la §51 de la ley alemana, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965.

<sup>1497</sup> Section 107 *Copyright Act* estadounidense.

<sup>1498</sup> En este sentido, B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 262; si bien nótese que incluso la autora admite una concepción bastante amplia de la “voluntad didáctica”, al definirla como «de hacer llegar al público una idea, de explicarla y comentarla». También la Audiencia Provincial de Madrid se ha pronunciado a favor de una interpretación literal del precepto. Así, en el caso “*Aquellos años*” optó por considerar inaplicable el art. 32 ya que las supuestas citas —consistentes en la reproducción de la letra de algunas canciones en un semanal en el que se relataban para cada año los sucesos más significativos— no perseguían fines docentes ni de investigación (sAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2003). Sobre la mentada sentencia véase R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), pp. 87-93.

<sup>1499</sup> B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), pp. 261-262.

<sup>1500</sup> F. LLEDÓ, «Artículos 31 y 32», (1989), p. 31. C. PÉREZ DE ONTIVEROS, sin juzgar descabellada la posición del autor, estima, no obstante, que no resulta prudente admitir la cita con fines informativos como regla general, «sin perjuicio de que, apreciando las circunstancias concurrente en algún supuesto determinados y con referencia al mismo, pueda considerarse legítima la utilización, pero tal circunstancia sólo puede admitirse de forma excepcional». En «Artículo 32», (1997), p. 613.

<sup>1501</sup> J. A. VEGA, *Derecho de Autor*, (1990), p. 226.

<sup>1502</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), p. 552.



habitual<sup>1503</sup> (y honrado) de la cita, sino porque es la más acorde con el bien jurídico protegido<sup>1504</sup>: el derecho de cita responde a las exigencias más elementales de la libertad de expresión<sup>1505</sup>, sin perjuicio de hallar también su justificación en la libertad de información<sup>1506</sup> e, incluso, de creación<sup>1507</sup>. No en vano se le denomina *libertad de cita*<sup>1508</sup>.

<sup>1503</sup> Como señala la SGAE, en su Escrito de alegaciones al Borrador de noviembre 2004, constituye “un absurdo reducir la libertad de cita a los ámbitos docentes o de investigación, cuando rara vez encontramos algún escrito, discurso, conferencia o comunicación, perteneciente a cualquiera de las actividades humanas (política, literatura, etc.) que no contenga una o varias citas. Por otra parte y como es lógico, una tal condición no existe en ninguna de las disposiciones del Convenio de Berna y de la Directiva 2001/29 mencionadas.” *Vid.* también DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, p. 23.

<sup>1504</sup> Léanse el Escrito de alegaciones de la VEGAP al Borrador de noviembre de 2004 o la transcripción de su comparecencia ante el Congreso (DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 28 y ss). Se hace eco de las argumentaciones esgrimidas por la entidad de gestión, la justificación de la Enmienda núm. 92 del Grupo Parlamentario Catalán (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, pp. 65-66).

<sup>1505</sup> M. DEL C. GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 32», (1994), p. 547; R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 89, nota 7.

<sup>1506</sup> Y. GAUBIAC, «La liberté de citer...», (1997), p. 2.

<sup>1507</sup> SÁNCHEZ ARISTI clasifica el derecho de cita entre los límites que afectan al derecho de transformación, considerando que este tipo de límites «se encuentran tal vez entre los más justificables, al menos si se aplica la lógica interna de los propios derechos de autor, ya que no debe olvidarse que el sujeto que lleva a cabo una transformación, es, también él, autor»; en *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), pp. 541.

La relación entre la cita y la libertad artística ha sido abiertamente reconocida por la jurisprudencia alemana: véase el asunto “Germania 3”, en el que el Tribunal Constitucional, aludiendo a la libertad artística, reconocida en el art. 5.3 de la Ley Fundamental, legitima la utilización de fragmentos extensos de una obra en otra obra teatral. En el caso de autos se debatía la inclusión por Heiner Müller de dos pasajes de dos obras de Bertold Brecht en su obra «Germania 3 Gespenster am toten Mann» con el fin de confrontar las tesis de este último. Los herederos de Brecht se habían negado a autorizar tal autorización. El Tribunal Constitucional estima que la cita debe ser, en el contexto de la creación artística, interpretada en sentido amplio; y al llevar a cabo el correspondiente test de proporcionalidad considera que la libertad artística debe prevalecer sobre los intereses económicos de los titulares de derechos. Véase Decisión del Bundesverfassungsgericht, (Decisión del Tribunal Constitucional alemán), de 29 de junio de 2000, Germania 3, GRUR 2001, p. 149; cit. en C. GEIGER, *Copyright and Freedom of Expression...*, (2006), p. 15

<sup>1508</sup>R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), pp. 547 y ss. Notése que ésta no es, sin embargo, la posición adoptada por la mayoría de nuestra doctrina, que al referirse a la justificación del derecho de cita, suele aludir “al acceso a la cultura”. Por todos, C. PÉREZ DE ONTIVEROS, en «Artículo 32», (1997), p. 609. J.F. ORTEGA

La especificación de los “fines docentes o de investigación responde a la preocupación del legislador por proteger los intereses de los autores. La decisión adoptada nos parece excesiva, ya que el juego entre los restantes requisitos contemplados en el artículo 32.1.1º —sin perjuicio, además, de lo dispuesto por el art. 40 bis—, es más que suficiente para impedir atentados injustificados contra los intereses de los autores y garantizarles una protección adecuada. Restringir el derecho de cita a fines docentes o de investigación convierte en ilícitas prácticas no sólo habituales, sino fundamentales para el desarrollo artístico e intelectual de una sociedad democrática.

Puede sin temor afirmarse que, al aludir a los fines docentes, el art. 32.1.1º confunde en un solo precepto dos limitaciones que no guardan en absoluto una relación de identidad<sup>1509</sup>: *la cita*, única limitación que en el Convenio de Berna se presenta como obligatoria (art. 10.1), y *la ilustración con fines educativos*, contemplada también en el Convenio, pero como limitación facultativa (art. 10.2); lo cual ha planteado no pocos problemas de interpretación, incesantemente denunciados por la doctrina<sup>1510</sup>. De ahí que no resulte extraño que, al plantearse la creación de la limitación de ilustración en la enseñanza en la reforma de la LPI, se propusiera, en paralelo, la supresión de la alusión a los fines

---

considera, en cambio, que la cita se justifica en el libre desarrollo de la actividad científica. En «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005), pp. 79-80.

<sup>1509</sup> En sentido similar R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 90. Esta superposición de limitaciones fue también denunciada por diferentes entidades en sus comparecencias ante el Congreso. Entre otras VEGAP (DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 28 y ss) y FESABID (DS, Congreso de los Diputados, núm. 393, de 18/10/2005, p. 36).

<sup>1510</sup> R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 90. Del mismo autor: «La transposición de la Directiva 2001/29/CE...», (2004), pp. 13-14.

Léase igualmente la SAP de Barcelona, de 31 de octubre de 2002 (“asunto Barcanova”), donde al interpretar el derecho de cita se concluye que “el legislador español ha hecho uso positivamente, bien que no de modo expreso, de la facultad a que se refieren los artículos 10.2 del Convenio de Berna y 5.3 a) de la Directiva 2.001/29/CE, al regular como lícita, en la medida justificada por el fin perseguido, la reproducción de las obras literarias o artísticas, a título de ilustración de la enseñanza por medio, entre otros, de publicaciones.” Fundamento Jurídico Octavo. J.F. ORTEGA critica tal interpretación, a la que califica de “sorprendente” y “funambulista”; en «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005), p. 82.

docentes y de investigación en el apartado 1 del art. 32<sup>1511</sup>. Tal supresión hubiera supuesto, a juicio de la doctrina<sup>1512</sup> y de algunos de los actores implicados en el proceso de elaboración de la norma<sup>1513</sup>, la superación

---

<sup>1511</sup> El art. Octavo del Borrador de noviembre de 2002 propone la siguiente redacción para el art. 32.1.2º: “Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice para su análisis, comentario, juicio crítico, reseña o un fin similar, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando, salvo cuando resulte imposible, la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.” Aunque varios de los actores en el proceso de alegaciones critican y proponen textos alternativos a la propuesta del Gobierno, sólo CEDRO, la FGE y VEGAP solicitan la supresión del párrafo citado. Las dos primeras subrayan la necesidad de respetar la referencia a los fines docentes o de investigación.

Tal vez la posición esgrimida por estas entidades motiva la reaparición de la referencia a los fines docentes en el Borrador de enero de 2003 (art. Octavo). Pese al malestar de la doctrina con la redacción del precepto, los siguientes borradores no incorporan ninguna propuesta de modificación. Las reacciones tampoco se hacen esperar y varios de los agentes implicados en posteriores procesos de alegaciones manifiestan la conveniencia de proceder a la modificación del art. 32.1.1º, precisamente —y sin perjuicio de otros cambios— en lo que se refiere a la especificación de los fines docentes y de investigación. FESABID es una de las principales abanderadas de estas reivindicaciones, de las que también se hace eco la Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León y UTECA. Del lado de los representantes de los titulares de derechos, también la VEGAP (separándose de la postura sostenida en 2002) y la SGAE se manifiestan a favor de la eliminación de los fines docentes como condición de licitud de la cita. Consúltense los correspondientes Escritos de alegaciones de las entidades citadas, accesibles en el Ministerio de Cultura.

Ya en el Congreso, se presentan diferentes enmiendas para suprimir la referencia a los fines docentes y de investigación. Así, la Enmienda 23 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso, Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, p. 39; la 92 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió); o la 108 del Grupo Popular, Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, pp. 65-66 y p. 75. En el Senado, la Enmienda Núm. 5 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, (BOCG, Senado, núm. II-53-c, de 21/04/2006, pp. 39-40). Ninguna de ellas prospera.

<sup>1512</sup> R. CASAS, «La transposición de la Directiva 2001/29/CE...», (2004), p. 13.

<sup>1513</sup> Entre ellos FESABID (cfr. Escrito de alegaciones de noviembre de 2004), la Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León (Escrito de Observaciones al Borrador de 2004), o la VEGAP que, apartándose de la postura sostenida en 2002, se manifiesta en su Escrito de alegaciones de 2004 y en su posterior comparecencia ante el Congreso (DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 28 y ss.) a favor de la eliminación de los fines docentes como condición de licitud de la cita, entendiéndose que de lo contrario, podría generarse confusión respecto al nuevo límite “ilustración de la enseñanza” incorporado en el apartado 2 del mismo artículo y bajo el epígrafe común “Cita e ilustración de la enseñanza”. También el Grupo Parlamentario Catalán, en la justificación de su Enmienda 92, alude a la problemática referida y pone el acento en la complicación que supondría mantener la redacción actual del precepto tras la incorporación del nuevo límite

de (parte de) la problemática planteada por el art. 32.1.1°. Lamentablemente, tales propuestas no fructificaron, de modo que, en la versión consolidada del art. 32, nos topamos con dos excepciones que hacen referencia a la educación: la del art. 32.1.1° “con fines docentes” y la del art. 32.2 “para la ilustración de las actividades educativas en las aulas”. A la interacción entre ambos preceptos dedicaremos el apartado 2.7. Antes, hemos de estudiar los demás requisitos exigidos para la licitud de la cita, que hacen referencia a la obra citada y la “obra citante” (apartado. 2.2) y a las modalidades de la cita (apartado 2.3), ambos interpretados a la luz de la cláusula general relativa a “la medida justificada por el fin de esa incorporación” (apartado 2.4). Además, el artículo contempla las debidas cautelas que garantizan el respeto a los derechos morales del autor (apartado 2.5). Incluimos, en el apartado 2.6, una breve referencia a la preparación de antologías o compilaciones de obras protegidas.

## *2.2 Obra citada y “obra citante”*

### *A. La obra citada*

#### *a1 Restricciones cuantitativas: La reproducción parcial de las obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual*

A la hora de determinar la extensión en la que una obra puede ser citada, el legislador —al igual que acontece en el apartado 2 del art. 32 (*vid. supra* apartado II.4)— distingue entre obras “de naturaleza escrita, sonora o audiovisual” y “de carácter plástico o fotográfico figurativo”. Respecto a las primeras, se imponen restricciones cuantitativas: sólo podrán reproducirse “fragmentos” y no, en principio, la obra en su

---

de ilustración de la enseñanza: “La incorporación de un nuevo apartado 2 al actual artículo 32 para recoger el límite de ilustración de la enseñanza exige necesariamente modificar la actual redacción del artículo 32 en su integridad, pues lo contrario supondría que el ya de por sí confuso artículo 32 actual quedara redactado de forma aún más confusa, mezclándose los conceptos de «cita» y de «ilustración de la enseñanza». Proponemos, pues, que si la sede de los límites de «cita» y de «ilustración y de la enseñanza» va a ser el mismo artículo, éste se redacte de forma que queden claramente diferenciados cada uno de los límites. Atendiéndose por separado al bien jurídico que cada uno de ellos tutela, evitándose que la redacción entre en conflicto con la normal explotación de las obras o que se perjudiquen injustificadamente los legítimos intereses de los autores.” DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 28 y ss.

totalidad<sup>1514</sup>. Si bien esta conclusión es la derivada de la interpretación literal del precepto, cabe recordar —lo veíamos ya al comentar las restricciones cuantitativas a la obra impuesta por el art. 32.2— que la doctrina entiende que el art. 32.1.1º podría tolerar, en determinados casos, la reproducción íntegra de la obra<sup>1515</sup>. El problema se plantea particularmente en relación con las denominadas “obras breves o cortas”, ya que la exigencia de que la utilización se limite a fragmentos, parece imposibilitar, de modo indebido, la cita de este tipo de obras<sup>1516</sup>. Pensemos que, de no admitir una interpretación extensiva de este requisito, los alumnos que, por ejemplo, cursando la carrera de filología, pretendieran incluir en sus memorias de investigación los

---

<sup>1514</sup> El art. 32 el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1986 admitía expresamente la utilización *de la totalidad* de todo tipo de obras: «Es lícita la inclusión en una obra propia de la totalidad o parte de otra ajena ya divulgada a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre de la obra utilizada». BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 14-1, de 24/11/1986, p. 5.

Tal expresión motivó la presentación de diferentes enmiendas. En el Congreso, la Enmienda 80 de la Agrupación Izquierda Unida- Esquerra Catalana, en la que se propone la supresión de la expresión totalidad, justificándola en el “reforzamiento de las garantías del autor”. Consúltase BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 14-6, de 11/02/1987, p. 58. En el Senado, la Enmienda núm. 63 de la Agrupación Popular, que se manifiesta a favor de que la inclusión sea “de parte de otra ajena”, al entender que “el término parte es más comprensivo que el de fragmento, con lo que se recoge la referencia a todo tipo de obras literarias, artísticas y científicas” y la núm. 81 del Grupo Parlamentario Mixto, nuevamente partidaria de suprimir la palabra totalidad (Enmienda núm. 81). *Vid.* BOCG, Senado, Núm. 94(c), de 07/09/1987, pp. 60-61 y p. 69. El Partido Socialista, entonces en el Gobierno, propone la Enmienda núm. 155, con la siguiente redacción para el art. 32.1.1º: “Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor.” Dicha modificación la justifica en la búsqueda de una mayor precisión. BOCG, Senado, núm. 94(c), de 07/09/1987, pp. 100-101. En esta última enmienda se basa el texto finalmente adoptado.

<sup>1515</sup> Entre otros, R. CASAS, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 89; J.F. ORTEGA, «Las excepciones de cita e ilustración...», (2005), p. 89.

<sup>1516</sup> G. BERCOVITZ, «Los límites a los derechos patrimoniales...», (2006), p. 108, que señala como ejemplo «[la cita] de un anuncio publicitario de televisión, en un curso de publicidad».

poemas cortos objeto de análisis, deberían requerir la autorización del autor.

En todo caso, esta restricción cuantitativa no concreta la extensión debida del fragmento citado. En algunos de los países de nuestro entorno, en lugar de hacer referencia a los fragmentos, se incluye en el Derecho positivo el adjetivo de “cortas”<sup>1517</sup>, sin, no obstante, llegar a resolver del todo la problemática que puede plantearse. Y es que en ambos casos, particularmente en el de los fragmentos —que pueden ser cortos o largos—, estamos ante un concepto indefinido y relativo en cuanto a su extensión, que nos fuerza, por un lado, a indagar en términos comparativos referidos a la relación entre la obra citada y la “obra citante” y, por otro, a valorar la proporcionalidad de la cita a la luz de la finalidad perseguida con la misma. El análisis realizado a tal efecto debe tener en cuenta criterios cuantitativos y cualitativos que ponen de manifiesto el estrecho vínculo existente entre la obra citada y la “obra citante”, y que, en todo caso, debe responder a la finalidad de la cita, concretada en alguna de las “modalidades” referidas en el precepto: la mera cita —“a título de cita”— o “el análisis, comentario, o juicio crítico”. Volveremos sobre este aspecto al analizar la cláusula general —“en la medida justificada por el fin de esa incorporación”—, que nos exigirá definir la extensión adecuada del fragmento citado en relación con la finalidad que se persigue con la cita.

Pese a la dificultad (y a nuestro juicio falta de sentido) de delimitar *a priori* la extensión de la cita, cabe destacar que la legislación argentina, probablemente la única<sup>1518</sup>, llega a especificar la extensión máxima de la cita: “hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto”<sup>1519</sup>. En el ámbito de la “auto-regulación” asociaciones de autores y editores británicas han explorado igualmente

---

<sup>1517</sup> Así en Francia: art. 122-5.3º: “3º Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source [...] Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées”. En Bélgica también se requería que las citas fueran cortas, pero tal exigencia fue suprimida en la reforma efectuada por la Ley de 22 de mayo de 2005.

<sup>1518</sup> C. VILLALBA, «Limitaciones del derecho de autor...», (2004), p. 5.

<sup>1519</sup> Art. 10 de la Ley 11.723.

esta vía<sup>1520</sup>. E, incluso, en la jurisprudencia estadounidense, se intentó delimitar un número mínimo de compases bajo los cuales no se consideraría infringido el *copyright*<sup>1521</sup>. En cuanto a la doctrina, recordemos, en nuestro Derecho, las propuestas *de lege ferenda* de C. ROGEL en relación con el art. 7.1 de la Ley de 1879. Tras proponer la cita gratuita para cortos fragmentos o para el caso de obras de difícil fraccionamiento, sugiere —en la línea de las consideraciones que nosotros mismos hemos apuntado al final del apartado II de este Capítulo— una licencia legal para las “citas de mayor extensión”:

«En las zonas limítrofes y difíciles, de citas de fragmentos largos de obras en prosa, de reproducciones de varias obras de un autor o casos similares, en los que podría haber dudas sobre la conformidad de la cita con los “usos honrados” o sobre el que ésta se haga en la medida justificada por el fin que se persiga, podría intentarse una delimitación de mínimos de extensión dentro de los cuales la cita fuera absolutamente libre (v. gr.: poemas de hasta veinte líneas; fragmentos de obras en prosa de hasta una página; reproducción de un número determinado de obras artísticas de cada autor), y la delimitación de una segunda franja, más flexible y amplia, en la que la utilización de la obra, mediante cita de la misma, hubiera de ser necesariamente autorizada, mediando precio, a través de un sistema de licencia legal (posiblemente aquí podrían incluirse las antologías, si se entiende que éstas pueden encuadrarse en el derecho de cita)».<sup>1522</sup>

<sup>1520</sup> «Algunas asociaciones de autores y editores británicas establecieron una tabla aritmética para calcular la extensión de la cita. Según esta tabla, las porciones eran las siguientes: en prosa, un solo fragmento de hasta cuatrocientas palabras o una serie de fragmentos con comentario intercalados hasta un máximo de ochocientas palabras, pero ningún extracto puede sobrepasar las trescientas palabras; en poesía un extracto de cuarenta líneas como máximo, pero en ningún caso puede exceder de la cuarta parte del poema. A pesar de estas reglas, el criterio cuantitativo resultó ser insuficiente.» H. WISTRAND, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres*, (1968), p. 181, citado en B. RIBERA *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), pp. 264, nota 85.

<sup>1521</sup> De ello da cuenta R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), pp. 339-340.

<sup>1522</sup> C. ROGEL, «Notas sobre el Derecho de Cita...», (1984), p. 986.

### *a2 La cita de obras plásticas*

La restricción cuantitativa no se aplica, sin embargo, a las obras de carácter plástico, fotográfico o figurativo, respecto a las cuales el legislador autoriza la utilización de *obras aisladas*. Las obras denominadas de bellas artes podrán, por tanto, ser utilizadas en su integridad. Con ello se pretende evitar mutilaciones innecesarias que pudieran atentar contra los derechos morales del autor. No obstante, consideramos que no es contraria al precepto la reproducción parcial de una obra, por ejemplo, el detalle de una pintura, que, muchas veces, será más útil a los efectos docentes de la utilización<sup>1523</sup>. ¿O no resultaría admisible en una clase de arte la reproducción de los detalles, por separado, de cada uno de los símbolos del Guernica?

Sin abandonar la perspectiva apuntada, la doctrina también ha interpretado la alusión a las “obras aisladas” en relación con la obra total del autor, lo que conduce a la pregunta de cuántas obras de un mismo autor pueden libremente citarse. En este punto nos remitimos a la exposición efectuada respecto al art. 32 (*vid. supra* apartado II.4.2.B). En todo caso señalar que, en la línea de lo apuntado para el precepto citado, consideramos que el número de citas deberá siempre valorarse en relación con la cláusula general (y finalista) contemplada en el limitación (en la medida justificada por el fin de esa incorporación) y que la producción del artista no ha de ser, necesariamente, un factor determinante.

### *a3 La naturaleza de las obras citadas*

Ya por último cabe apuntar que el art. 32.1.1º afecta a todas las obras protegidas por la propiedad intelectual<sup>1524</sup>. No se incluye, por tanto,

---

<sup>1523</sup> En el mismo sentido, C. PÉREZ DE ONTIVEROS, en «Artículo 32», (1997), p. 611. En contra, F. RIVERO, «Reproducción de la obra plástica...», (1994), p. 1180, que estima que de no serlo podría haber atentado al derecho moral del autor, y M. DEL C. GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 32», (1994), p. 548. Estimamos, con C. CARON, que la prohibición rotunda la reproducción parcial de una obra plástica por considerar que se vulneran los derechos morales del autor es una exageración, que podría igualmente utilizarse en relación con las obras literarias; en «Du nouveau en matière de citation...», (2005), p. 36; véase igualmente P. VIVANT, «Courte citation et parodie...», (2006), pp. 59-61.

<sup>1524</sup> Recordemos que la Ley de 1879 limitaba la cita a las obras literarias: “Art. 7.1º Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun para anotarlas,



ningún tipo de restricción cualitativa. Es más, al amparo del precepto podrán utilizarse, a diferencia de lo que acontecía con la limitación relativa a la ilustración en la enseñanza, fragmentos de libros de texto o manuales universitarios que, como sabemos, quedan al margen del ámbito de aplicación del art. 32.2 (*vid. supra* apartado II.5.2B).

No obstante, parte de la doctrina sí ha visto, implícitas, ciertas restricciones cualitativas. Basándose en la dificultad para respetar los requisitos legales exigidos para la licitud de la cita, fundamentalmente el relativo a las modalidades —“a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico”— y el reconocimiento a la fuente, se ha afirmado la imposibilidad de citar obras musicales<sup>1525</sup> o se ha llegado a admitir, pero en supuestos muy limitados<sup>1526</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que existen razones que pueden conducir a apartarse de esta opción. Entendemos con SÁNCHEZ ARISTI que los obstáculos para dar cumplimiento a los requisitos legales deben y pueden solventarse<sup>1527</sup>. De hecho, consideramos que las modalidades relacionadas en el precepto no son siquiera un obstáculo al ejercicio de la cita<sup>1528</sup>. Tales modalidades se concretan cada día en las clases

---

adicionarlas o mejorar la edición, *pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes a las mismas, incluyendo sólo la parte necesaria del texto*”.

La relación del actual art. 32.1.1º es meramente ilustrativa. R. CASAS afirma que afectaría también a las bases de datos y a los programas de ordenador, opinión a la que nos adherimos, al estimar imperativa la excepción en Berna. En «Spain», (2003), p. 209.

<sup>1525</sup> En nuestro Derecho, G. BERCOVITZ, en «Los límites a los derechos patrimoniales...», (2006), p. 109. No obstante, ya hemos visto que se dan casos en el Derecho comparado —estamos pensando en Alemania o en Argentina— en los que la cita musical se contempla de manera explícita.

<sup>1526</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Artículo 32», (1997), p. 610.

<sup>1527</sup> Para un estudio en profundidad de la aplicación del derecho de cita en relación con las obras musicales, léase R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), pp. 541-553.

<sup>1528</sup> También Wistrand, recurriendo a la Obertura 1812 de Tschaikowsky, entiende que en las obras musicales puede darse la cita con fines polémicos —lo que en nuestro caso podría asimilarse al comentario o al juicio crítico—: « ¿Es imposible imaginar una cita musical insertada en una obra musical, con un objetivo polémico —que en nuestro caso se asimilaría al comentario o juicio crítico—? Ese era sin embargo el sentido de la ‘Obertura 1812’ de Tchaikovsky, en la que el compositor afronta como en una batalla, los temas franceses y rusos ascendiendo en un poderoso *crescendo* basado en la Marsellesa; Permaneciendo siempre dentro de los límites de la disposición en cuestión [art. 41-3 de la ley del 11 de

impartidas en disciplinas relacionadas con la música y la interpretación o en los materiales educativos preparados para las mismas. En cuanto a la alusión a la fuente, tampoco nos parece una exigencia insuperable, especialmente en el caso de las citas de obras musicales realizadas en obras de otra naturaleza, donde el cumplimiento de tal requisito no presenta grandes inconvenientes. Tratándose de la cita de obras musicales en obras musicales, también SÁNCHEZ ARISTI concluye que, precisamente, la necesaria “reconicibilidad” de la cita puede hacer necesaria una mayor extensión del fragmento utilizado<sup>1529</sup>.

Por otro lado, es verdad que, a diferencia del art. 32.2, la obligada mención a la fuente contemplada en el art. 32.2.1º no incluye la expresión “salvo en los casos en que resulte imposible”. No obstante, una interpretación analógica del precepto o la aplicación del principio de que no se puede exigir lo imposible nos permitiría salvar este problema —que, además, florecerá en todos los supuestos de “cita” en exámenes de enseñanza no reglada—.

RIBERA SÁNCHEZ alude a una tercera dificultad: la de compatibilizar la cita musical con los “fines docentes o de investigación” exigidos por el art. 32 LPI. A su juicio, resultan inimaginables los supuestos en los que las incorporaciones de fragmentos de obras musicales en obras del mismo tipo se hagan con propósitos docentes o investigación<sup>1530</sup>. “A bote pronto” y a título meramente ejemplificativo se nos ocurre un

---

marzo de 1957], se podría imaginar, según nos parece, una sinfonía para la paz en la que se citasen, como contrastes, algunas melodías de mala fama de la lucha nazi.» En H. WISTRAND, *Les exceptions apportées aux droits d'auteur sur ses œuvres*, (1968), p. 213; cit. en Y. GAUBIAC, «La liberté de citer...», (1997), p. 52.

<sup>1529</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), p. 546. En sentido radicalmente opuesto se pronuncia Y. GAUBIAC, que considera que una composición musical no puede ser citada si el fragmento utilizado permite reconocerla; en «La liberté de citer...», (1997), p. 44.

<sup>1530</sup> Ciertamente que la autora es partidaria, en contra de nuestra opinión, de una interpretación literal de las finalidades enunciadas del precepto. B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), pp. 276 y ss.

ejemplo bastante común: la utilización realizada por profesores o alumnos en un curso de improvisación jazzística<sup>1531</sup>.

## B. La “obra citante”

### *b1 Características de la “obra citante”*

Conforme al tenor literal del art. 32.1.1º, la utilización debe consistir en la inclusión de la obra citada en una “obra propia”<sup>1532</sup>; de lo que se puede deducir que esta última tiene que responder a los requisitos exigidos para que una *obra* goce de protección por la propiedad intelectual. También ello nos parece excesivo. A no ser que dilatemos (y mucho) los requisitos que definen una obra, podemos encontrar un sinnúmero de citas —perfectamente razonables— que no se realizan, necesariamente, en una obra protegida por derechos de autor. Recordemos sin ir más lejos, y dado que está indirectamente relacionada con el tema que nos ocupa, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de mayo de 2001 donde se consideró que las lecciones de cátedra (sobre las cuales un alumno tomaba apuntes que luego completaba para distribuirlos entre sus compañeros) no merecían ser consideradas obras protegidas por los derechos de autor, por no haberse acreditado el requisito de la originalidad al seguir el profesor en sus lecciones un manual de otro autor<sup>1533</sup>. Aunque la cita no era el tema debatido en el asunto: ¿cabría reputar ilícitas las citas realizadas en tales lecciones por el mero hecho de que éstas últimas no fueran originales? Dando por hecho una respuesta negativa a la pregunta apuntada, nos adherimos a las observaciones apuntadas por BOTANA AGRA que no considera imprescindible que la “obra propia” sea jurídicamente protegible<sup>1534</sup>. Menciona expresamente la

<sup>1531</sup> Sobre la utilización de obras protegidas en los cursos de jazz —aún centrado en la aplicación del *fair dealing* canadiense y el *fair use* estadounidense— *vid.* A. S. BERGMAN, «Copyright in the International Classroom...», (2003).

<sup>1532</sup> En opinión de C. ROGEL, la incorporación no tiene por qué hacerla el autor «siendo suficiente que lo haga el editor de la misma, siguiendo las indicaciones del autor o su propio criterio, en ausencia de aquellas, lo cual no será infrecuente»; en C. ROGEL, «De los límites a las infracciones...», (2003), p. 302.

<sup>1533</sup> Fundamentos Jurídicos Cuarto a Sexto.

<sup>1534</sup> M. BOTANA AGRA, «Los derechos de explotación de la obra de autor en la ley española de propiedad intelectual», (1987), p. 54.

incorporación de la cita en otra obra, la legislación francesa<sup>1535</sup>, mientras otras como la argentina<sup>1536</sup>, la belga<sup>1537</sup> o la sueca<sup>1538</sup> no hacen referencia alguna a tal requisito.

En cuanto a la naturaleza de la obra a la que se incorpora la cita, no se exige, ni ello sería razonable, que sea de la misma naturaleza que la obra citada<sup>1539</sup>. De forma explícita, la jurisprudencia de nuestras audiencias ha admitido la cita de obras plásticas en las literarias<sup>1540</sup>. Es más, analizando una utilización directamente vinculada con el objeto de esta tesis, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de Diciembre de 2003, estima que tal “interdisciplinaridad” de la cita encontraba —en el supuesto de hecho concreto, relativo a la ilustración de manuales de texto— su fundamento en las exigencias de la normativa de educación:

«Por otro lado, es interesante hacer alusión a que el actual sistema educativo exige que la docencia se imparta de forma interdisciplinar, dado que establece un sistema pedagógico que se basa en la «educación integral». Concretamente, la LOGSE y los Decretos de Currículo que desarrollan los sistemas de enseñanza de nuestro país, obligan a que la docencia se realice de manera interdisciplinar, siendo éste uno de los objetivos a alcanzar en la docencia, pues así lo determina el Real Decreto 1344/1991, de 6 de, que establece las bases para el desarrollo del Currículo de Educación Primaria. Todo ello significa que, si por ejemplo, se está haciendo referencia en el texto de un libro de educación a la guerra civil española, es perfectamente lícito que se represente esta contienda bélica ilustrando el texto con la obra «Guernica» de Picasso. También es lícito ilustrar, si se habla de religión, con

---

<sup>1535</sup> Art. L122-5.3ºa) *Code de la propriété intellectuelle*.

<sup>1536</sup> Art. 10 Ley 11.723.

<sup>1537</sup> Art. 21§1<sup>er</sup>, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

<sup>1538</sup> Art. 22 1. *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*, as amended up to July 1, 2005.

<sup>1539</sup> Algo que, para determinadas obras, sí ocurre en el derecho alemán. *Vid.* respecto a las obras musicales, R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), pp. 544 y ss.

<sup>1540</sup> Entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de Octubre de 2002.

reproducciones de obras cuyos temas sean pasajes de La Biblia, puesto que la finalidad es la educación.»<sup>1541</sup>

Por otro lado, PÉREZ DE ONTIVEROS nos advierte que la exigencia relativa a los “fines docentes y de investigación” requiere que la obra en la que se practique la inclusión (es decir, la “obra citante”) persiga tales objetivos<sup>1542</sup>. Consideramos que esta afirmación ha de leerse en sus justos términos. Ya hemos manifestado nuestra opinión respecto a la interpretación más correcta (extensiva) de la expresión fines docentes e investigación. Pero, en todo caso, incluso partiendo de una interpretación restrictiva de este requisito finalista, consideramos que tal exigencia se requiere de la utilización o de la incorporación en sí misma —“*tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación*”— y no de la finalidad genérica a la que responda la “obra citante”. De lo contrario sólo podrían realizarse citas en obras didácticas o científicas, lo cual consideramos un absurdo. Determinadas legislaciones, admitiendo en general todo tipo de citas, favorecen —al contemplar la posibilidad de utilizar una mayor extensión de la obras o, incluso, las obras en su integridad— las citas realizadas con fines específicos o en obras concretas —p. ej., en las científicas—. Así, en el caso alemán, el legislador distingue entre la “gran cita” que permite la utilización de obras íntegras siempre que se realice con fines científicos, la “pequeña cita” que permite únicamente la inclusión de extractos de una obra y la “cita de obras musicales”<sup>1543</sup>.

#### *b2 La cantidad de citas contemplada en una obra.*

Al analizar la “obra citante”, cabe reflexionar sobre si el número de citas totales que aquella incluye tiene alguna repercusión sobre la licitud de las utilidades. La legislación holandesa, por ejemplo, establece que habrá de tenerse en cuenta el número y extensión de los pasajes citados<sup>1544</sup>. También nuestra doctrina, en opinión que compartimos, ha considerado que la aplicación de lo dispuesto por la cláusula general exige tener en cuenta el número de ocasiones en que se haya ejercido el

<sup>1541</sup> Fundamento Jurídico Segundo; *in fine*.

<sup>1542</sup> En C. PÉREZ DE ONTIVEROS, en «Artículo 32», (1997), p. 612.

<sup>1543</sup> En C. GEIGER, *Copyright and Freedom of Expression...*, (2006), p. 14.

<sup>1544</sup> Art. 15.a *Copyright Act 1912*.

derecho de cita, resultando relevante tomar en consideración todas las citas que se incorporan en una obra<sup>1545</sup>. No obstante, una vez más, resulta estéril intentar fijar en términos proporcionales o absolutos el número de citas que admite una obra, ya que ello dependerá de la finalidad que persiga la utilización. Con todo, sí resulta oportuno señalar, tal y como nos recuerda B. RIBERA, que existen determinado tipo de obras que requieren un mayor número de citas<sup>1546</sup>: así las tesis doctorales o, en general, las obras de carácter científico, las históricas<sup>1547</sup>, las biografías<sup>1548</sup>; y, además, añadimos nosotros, las de carácter docente —especialmente en el caso de las lecciones impartidas en las clases o de los apuntes distribuidos a los alumnos<sup>1549</sup>—.

Un ejemplo paradigmático de la utilización de un número elevado de fragmentos de obras o de obras íntegras en otra obra es la elaboración de antologías, colecciones o compilaciones. A tal supuesto nos referiremos un poco más adelante, en el apartado 2.6.

### *2.3 Las modalidades de la cita*

Hasta ahora hemos utilizado el término genérico de “cita” para aludir al conjunto de autorizaciones permitidas por el art. 32.1.1º de nuestra LPI. Pero lo cierto es que todas las referencias realizadas respecto a la cita deben entenderse en sentido amplio, abarcando las distintas manifestaciones contempladas de manera explícita en el precepto; a

---

<sup>1545</sup> En el mismo sentido, B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 264.

<sup>1546</sup> B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 271.

<sup>1547</sup> Respecto de las obras históricas *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 5 de julio de 1999, en la que se reconoce que «este tipo de obras se presta a una menor originalidad, por lo que cuando estamos ante obras histórico-literarias las similitudes precisamente son mayores», (Fundamento Jurídico Cuarto). También en las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, de 4 de junio de 1999 y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de junio de 2003, ambas referidas a libros sobre períodos o ejemplos concretos del arte español, se ponen de manifiesto las dificultades para apreciar la frontera entre la licitud y la ilicitud de la cita (y, por descontado entre la existencia o no de plagio) y se constata la prodigalidad de las citas (lícitas o ilícitas) en este tipo de obras. En la escasa jurisprudencia existente, se concluye la infracción del art. 32 no por resultar demasiadas (o excesivas) las citas, sino por omitirse los requisitos referidos a la fuente, así, por ejemplo, en la última de las sentencias citadas.

<sup>1548</sup> Y. GAUBIAC, «La liberté de citer...», (1997), p. 30.

<sup>1549</sup> Léanse los Fundamentos Jurídicos Cuarto y Sexto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de Octubre de 2003.

saber: las utilizaciones realizadas “a título de cita” o para “el análisis, comentario o juicio crítico”. Y es que es comúnmente admitido que el art. 32.1.1º regula diferentes modalidades de cita, entre las que se encuentran la cita en sentido estricto —“a título de cita”— y otras realidades próximas entre sí —“para su análisis, comentario o juicio crítico”—<sup>1550</sup>. Puede que, como sugiere R. CASAS, el legislador no pretendiera introducir excepciones diferentes —dos o, si quiere, cuatro para cada una de las realidades apuntadas<sup>1551</sup>—, sino simplemente definir la noción de cita<sup>1552</sup>. Pero lo cierto es que no sólo la doctrina, si no igualmente la jurisprudencia de nuestras Audiencias<sup>1553</sup>, han interpretado y aplicado el artículo en el sentido apuntado en primer lugar.

La diferencia entre los dos grupos de nociones es clara: la cita, ahora en sentido estricto, se basta en sí misma, necesita de una justificación, pero no de un desarrollo referido a la cita en sí —pensemos, por ejemplo, en las citas que preceden a los capítulos de una obra literaria o de un manual didáctico o, así lo ha admitido la jurisprudencia, en las ilustraciones de obras plásticas incluidas en libros de texto<sup>1554</sup>—. Por el contrario, el segundo grupo de modalidades exige una aportación intelectual del autor respecto a la obra citada, consistente en “su” análisis, comentario o juicio crítico. La cita en sentido estricto se utilizará para comentar, constatar, explicar o ilustrar las ideas o las obras propias—la cita sirve a la “obra citante”—<sup>1555</sup>. En las restantes

<sup>1550</sup> Por todos, F. LLEDÓ, «Artículos 31 y 32», (1989), pp. 521-522; C. PÉREZ DE ONTIVEROS, en «Artículo 32», (1997), p. 612.

<sup>1551</sup> Así nos lo advierte B. RIBERA al relacionar como figuras independientes reguladas por el art. 32.1.1º: el derecho de cita, el derecho al análisis, el derecho al comentario, o el derecho al juicio crítico. Si bien la autora entiende que «*de lege ferenda* hubiera sido conveniente que el legislador se hubiera limitado a hacer referencia simplemente a la cita para evitar los problemas que conlleva el tener que encuadrar en cada caso la inserción de un texto ajeno en la categoría de «análisis, comentario o juicio crítico»». B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 258.

<sup>1552</sup> R. CASAS, «Spain», (2003), p. 209.

<sup>1553</sup> Entre otras, la sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de Octubre de 2002, y la de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de diciembre de 2003

<sup>1554</sup> Tales hechos son, precisamente, los enjuiciados en las sentencias citadas en la nota anterior.

<sup>1555</sup> La misma idea en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de Octubre de 2002, y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de diciembre de 2003. La

modalidades se trata de lo contrario: de analizar, comentar o criticar la obra citada —en cierto sentido, la “obra citante” sirve a la cita—. No obstante, en la práctica, estos matices pueden confundirse.

Veamos como la jurisprudencia ha tratado ambos conceptos, en especial en lo que a la mera cita se refiere. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de octubre de 2002, (asunto *Barcanova*) se entiende que la cita, por su significación gramatical y lógica, es un acto de reproducción con un fin inmediato más neutro y amplio que

---

primera (y en términos muy similares —dada la proximidad del objeto del litigio: la inserción de ilustraciones de obras plásticas en libros de texto— la segunda) concluye: “La actividad que el artículo 32 del Texto refundido considera lícita, pese a llevarse a cabo sin o contra la voluntad del titular del derecho (la inclusión de una obra plástica ajena divulgada y aislada), recibe, usualmente, el nombre genérico de cita; pero puede presentarse en diversas manifestaciones. El precepto se refiere a un análisis, un comentario; un juicio crítico y, además, a una mera cita (ahora en sentido estricto). En el caso enjuiciado no se afirma ni pretende por las partes litigantes que la reproducción de las obras plásticas ajenas la haya efectuado la demandada con el fin de analizarlas (distinguir y separar sus partes para llegar a conocer sus elementos), comentarlas (exponer su contenido y circunstancias para que se entienda con más facilidad) ni criticarlas (enjuiciar sus cualidades y defectos). Antes bien, la demandada, en el Capítulo destinado a conclusiones en el escrito de contestación a la demanda, señaló que la finalidad perseguida al reproducir en los libros las obras plásticas ajenas era la de ilustrar, complementar, aleccionar o facilitar la explicación que contiene el texto de la obra principal a la que se incorpora la ilustración.

A la ilustración (adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto) con fines educativos, no se refiere nominalmente el artículo 32 del Texto refundido. Si lo hacen, como se dijo, los artículos 5.3 a) de la Directiva 2.001/29/CE y 10.2 del Convenio de Berna. Sin embargo, una interpretación correcta del artículo 32 lleva a entender que la ilustración constituye en nuestro sistema una modalidad de cita, también admisible tratándose de obras plásticas y similares. En efecto; la cita, en sentido estricto, constituye una de las cuatro posibilidades que el artículo 32 del Texto refundido legitima. Se trata de una actividad distinta de las otras tres, por lo que cabe afirmar, aplicando un argumento excluyente, que la reproducción puede ser lícita aunque no se analice, comente o critique la obra plástica ajena reproducida. La cita, por su significación gramatical y lógica, es un acto de reproducción con un fin inmediato más neutro y amplio que aquellos a los que se dirigen los otros tres permitidos y cuya relación con la obra que la contiene es menos específica. La cita, realmente, está justificada por su fin, al que también se, refiere el artículo 32. Es su función o causa final la que la convierte en lícita: la docencia o la investigación. Por ello no hay razón para no incluir en la cita la reproducción que se efectúa con fines de ilustración, con obra plástica ajena, de la obra propia, si es que; claro está, se cumplen los demás requisitos que son precisos para justificarla, entre ellos, la causa de docencia o investigación y la proporcionalidad. [...]”. Fundamentos Jurídicos Séptimo y Octavo. Léase igualmente el Fundamento Jurídico Segundo, de la sentencia citada en segundo lugar.



aqueellos a los que se dirigen los otros tres permitidos y cuya relación con la obra que la contiene es menos específica<sup>1556</sup>. En el supuesto de autos se considera lícita la reproducción de imágenes con el fin de ilustrar un libro de texto, entendiendo el juzgador que las ilustraciones referidas guardaban relación con el contenido pedagógico de los libros a los que se incorporan y que, como toda relación entre texto y obra plástica, facilitaban la comprensión de la realidad de que los primeros trataban<sup>1557</sup>. En la misma línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de Diciembre de 2003, donde ante unos hechos muy similares a los del asunto *Barcanova*, se concluye que la ilustración —considerada ésta como el adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto— constituye una modalidad de la cita<sup>1558</sup>. Se trataría de lo que CASAS ha denominado *cita ilustrativa*<sup>1559</sup>.

En cuanto a las restantes modalidades, la doctrina ha subrayado la proximidad semántica de los conceptos elegidos por el legislador (análisis, comentario y juicio crítico)<sup>1560</sup>, lo que nos lleva a concluir que la enunciación que ofrece la segunda de la disyunción es meramente aclarativa e ilustrativa. A partir de un razonamiento similar LLEDÓ alude como modalidad potencialmente amparada por el art. 32.1.1º los

<sup>1556</sup> Fundamento Jurídico Octavo, reproducido en la nota anterior.

<sup>1557</sup> Fundamento Jurídico Décimo.

<sup>1558</sup> Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>1559</sup> R. Casas, «Nota a la Sentencia del Juzgado...», (2003), p. 89, nota 7.

<sup>1560</sup> Así LLEDÓ: «Conviene significar el contenido de las precisiones explicitadas en el texto. A mi modo de ver, hubiera bastado con redactar exclusivamente uno u otro término, pues en el fondo su significado contextual viene a ser el mismo con relación al razonamiento de la lícita utilización de los conceptos aludidos. [...] Etimológicamente, «análisis» (ἀνάλυσις) equivale a la disolución de un conjunto en sus partes. Por el contrario «comentario» —*comentari*— es meditar, ejercitarse. Finalmente «juicio crítico» es discernimiento + crisis, es decir, separación. Congruentemente del sentido etimológico y propio de estas palabras se desprende su estrecha vinculación semántica, que convierte a la enumeración del legislador en una pluralidad prácticamente tautológica, que comprende varios matices de todo un proceso de estudio científico. *Ad summam*, la primera conjunción «o» ejerce el papel de disyuntiva compatible que enlaza dos términos distintos aunque no excluyentes. La segunda tiene el carácter de disyunción aclaratoria que enlaza, como decíamos, términos muy próximos, con lo que enfatiza el carácter crítico que autoriza el uso de la obra», en «Artículos 31 y 32», (1989), pp. 521-522.

resúmenes<sup>1561</sup>. Una vez más, nos vemos abocados a una interpretación amplia del precepto, que se nos presenta como necesaria para dar por válido el equilibrio entre los intereses de los autores y los de los usuarios de las obras protegidas<sup>1562</sup>.

#### 2.4 La cláusula general (“en la medida justificada por la incorporación”)

##### A. Significado

En los apartados anteriores no hemos podido evitar hacer referencia a la cláusula general, contemplada en el inciso final del art. 32.1.1º: “en la medida justificada por la incorporación”. Este inciso, cuya relevancia se pone de manifiesto al constatar la presencia de una expresión similar en casi todos los ordenamientos<sup>1563</sup>, determinará la oportunidad de la utilización y su extensión, delimitando si la cita realizada es necesaria y, sobre todo, proporcional en relación con los fines, lícitos, perseguidos con la utilización. Aunque parezca “de Perogrullo”, entendemos que la incorporación de obras respetará tal requisito cuando la entidad de la/s cita/s y su extensión resulte adecuada a la luz de la relación entre la obra citada y la “obra citante” y al objetivo de la utilización.

La doctrina de forma *cuasi* unánime denuncia la indeterminación y el carácter abstracto del precepto, que nos conduce necesariamente a un análisis casuístico de los hechos concretos que deberá llevar a cabo aquel que pretende hacer uso de la limitación y, en última instancia, el

---

<sup>1561</sup> F. LLEDÓ, «Artículos 31 y 32», (1989), pp. 525-526.

<sup>1562</sup> En contra, PÉREZ DE ONTIVEROS, que considera «adecuada la remisión que hace el legislador a tales contenidos, pues dado el carácter restrictivo con el que han de interpretarse las normas que establecen los límites al derecho de autor, el hecho de que el precepto enumere los supuestos en los que resulta procedente, asegura la correcta interpretación de la norma. Por otro lado, no me resulta fácil traer a colación cualquier otro supuesto en los que pudiera plantearse la duda sobre la licitud de la inclusión de un fragmento de obra ajena susceptible de subsumirse la norma al tener identidad de razón con lo regulado.» En «Artículo 32», (1997), p. 613.

<sup>1563</sup> Hasta el punto que, en nuestra opinión, hubiera bastado por sí sólo para enunciar la libertad de cita: «Es lícita la cita de obras protegidas por la propiedad intelectual en la medida justificada por el fin perseguido». No en vano afirma F. BONDÍA, que «Este parámetro [...] es [...] excesivamente abstracto y de difícil determinación [...] pero es el más apropiado y ajustado a la función que cumple este límite [...]»; en «Artículo 32», (1997), p. 171.

juez<sup>1564</sup>. Sin embargo, ningún autor puede resistirse, ni nosotros tampoco, a señalar algunos criterios que podrán tenerse en cuenta a la hora de realizar tal apreciación. En las páginas precedentes ya anunciábamos algunas orientaciones cuantitativas o cualitativas. Tales criterios u orientaciones y alguna de las concreciones que a continuación indicaremos han de ser valorados en su justa medida, de forma conjunta y teniendo en cuenta su valor relativo.

## B. Criterios orientativos para la aplicación de la cláusula general

### *b1 Extensión de la obra citada*

#### a) Obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual

En términos absolutos, la cita no deberá ser, en el supuesto de obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, excesivamente larga, pero, ha de añadirse, tampoco excesivamente corta, si así da lugar a una falsa idea sobre la obra<sup>1565</sup>. Es más, el fin mismo de la cita —pensemos, por ejemplo, en una clase de audición musical o de historia de la música en la que lo que se pretende es precisamente aprender a reconocer o identificar un determinado autor y su obra— podrá exigirnos una mayor extensión<sup>1566</sup>. También el obligado reconocimiento a la fuente puede exigir, en el caso de la cita de obras musicales en obras musicales<sup>1567</sup> o, incluso, audiovisuales, una mayor extensión del fragmento citado. Recordemos además que en el caso de las obras breves o cortas puede resultar, conforme a lo razonado *ut supra* en el apartado 2.2.A1 la cita de la obra íntegra.

<sup>1564</sup> Entre otros F. BONDÍA, «Artículo 32», (1997), p. 171.

<sup>1565</sup> B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 264. Respecto a la extensión de los fragmentos *vid.* también *supra* apartado 2.2.A1.

<sup>1566</sup> M. DEL C. GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 32», (1994), p. 550; B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 264.

Con similar argumento justificó la Corte de Casación Francesa —que no se caracteriza precisamente por una gran flexibilidad en la interpretación del derecho de cita—, la reproducción casi íntegra de una canción. Sentencia de 22 de mayo de 1979, cit. en Y. GAUBIAC, «La liberté de citer...», (1997), p. 52 y comentada en RIDA 105, 1980, p. 166.

<sup>1567</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), p. 546. En sentido radicalmente opuesto se pronuncia Y. GAUBIAC, que considera que una composición musical no puede ser citada si el fragmento utilizado permite reconocerla; en «La liberté de citer...», (1997), p. 44.

b) Obras plásticas

Ya hemos visto que algunos autores consideran, para el caso de las obras plásticas, que la cita deberá referirse a la obra en su integridad y que la citante no deberá utilizar todas las obras de un mismo autor, siquiera un número elevado<sup>1568</sup>. Como hemos comentado en su momento, estimamos que tales afirmaciones son demasiado categóricas. Respecto a las obras plásticas consideramos conforme a derecho la cita del detalle, así como de la obra total del autor, siempre que ello quede justificado por el fin al que sirva la cita y en ningún caso suponga citar un número *desproporcionado* de obras. Precisamente la finalidad docente —p. ej., el estudio pormenorizado de una pintura de considerable tamaño o la preparación de una memoria de investigación sobre un artista cuya producción, desde el punto de vista numérico, es escasa— podrá exigir la reproducción parcial de una determinada obra o de casi la totalidad de la producción artística de un autor.

c) “obra citante”

Tampoco parece de recibo que la “obra citante” se configure como una suma de citas o como un todo compuesto principalmente de citas —p. ej., una antología (*vid.* al respecto infra apartado 2.6)—. En este sentido, habrá de analizarse la cantidad de citas incorporadas, para ver si, y apuntamos ya a la constatación de una realidad cualitativa, la “obra citante” tiene entidad y sustancialidad propia.

En todo caso, baste recordar que determinado tipo de obras, en especial las científicas y las didácticas (*vid.* supra apartado 2.2.B), requieren, como norma general, un mayor número de citas que las de otra naturaleza, p. ej., y siguiendo con las literarias, las novelas.

*b2 La relación entre la “obra citante” y la citada. Criterios cualitativos*

a) “Sustancialidad” de la “obra citante” y “accesoriedad” de la citada

La entidad y/o sustancialidad de la “obra citante” respecto de la obra citada —o viceversa, la accesoriedad de la obra citada respecto a la citante— se convierte en sí misma en otro criterio a tener en cuenta para

---

<sup>1568</sup> *Vid.* supra apartado 2.2.1.A2, donde a su vez nos remitimos a los comentarios realizados en sede del art. 32.2, supra apartado II.4.B.

valorar la licitud de la cita. Las citas deben configurarse como un elemento accesorio de la “obra citante” o, aún cuando representen un elemento realmente relevante de la misma, deben situarse en un segundo plano<sup>1569</sup> respecto a la “obra citante”<sup>1570</sup>. LLEDÓ, adhiriéndose a las opiniones de DESBOIS y COLOMBET, concluye a este respecto que «es preciso que la obra [...] en la cual los fragmentos, extractos o citas textuales han sido reproducidos, pueda sobrevivir con la supresión de las citas, conservar, tras la retirada de dichos elementos una fisonomía y un interés propio»<sup>1571</sup>. De lo contrario estaríamos, probablemente, ante una obra derivada para cuya elaboración ha de concurrir la autorización de los correspondientes autores.

#### b) La incorporación de elementos sustanciales de la obra citada

También se ha señalado que no deben tolerarse citas que reproduzcan los elementos esenciales de la obra citada, incluso si aquellas son cortas<sup>1572</sup>. Discrepamos, *a priori*, de tal afirmación. En algunos casos serán precisamente los elementos sustanciales o, si se quiere, las partes realmente sustanciales de la obra, las que mayormente serán citadas, lo cual es cuestión de mera lógica, ya que en ellas residirá el mérito del autor y serán sin duda las que más reclamen la atención de las citantes.

#### c) Relación de competencia

Directamente vinculado con el punto anterior, también se ha destacado como indicio de ilicitud la apreciación de “competencia” entre la obra citada y citante. En este punto, C. ROGEL se hace eco de la interpretación del art. 10.1 CB realizada por MASOUYÉ, al entender que «no hay duda de que éstos [los tribunales] tendrán en cuenta la dimensión del extracto, tanto con respecto a la obra de la que ha sido tomado como respecto a la obra en la que se utiliza, *y particularmente la medida en que*

<sup>1569</sup> F. LLEDÓ, «Artículos 31 y 32», (1989), pp. 516 y ss.

<sup>1570</sup> En la legislación argentina este parámetro parece generar la existencia de una licencia obligatoria; —en tanto el art. 10 *in fine* establece que cuando «las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas”—.

<sup>1571</sup> F. LLEDÓ, «Artículos 31 y 32», (1989), pp. 519-520. Nótese, no obstante, que, en contra de la tesis aquí sostenida, el autor también exige de la obra citante originalidad propia.

<sup>1572</sup> B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 265.

esta última al competir, llegado el caso, con la obra preexistente, ha de disminuir su venta y circulación»<sup>1573</sup>. (La cursiva es nuestra). La legislación italiana también hace referencia explícita a la prohibición de competencia comercial entre la obra citada y la citante<sup>1574</sup>. Consideramos, no obstante, que el hecho de que una obra —pongamos por ejemplo un tratado científico o un manual universitario— compita en el mercado con aquella a la que cita o haga disminuir sus ventas, no ha de implicar necesariamente que las citas realizadas en la citante sean ilícitas. Todo lo contrario, no serán pocos los casos en los que, precisamente, si se cita es porque las obras se sitúan en un contexto de competencia natural, en el que, incluso, la honestidad científica podría requerir la incorporación de citas numerosas y extensas. Sí podrá, llegado el caso, considerarse ilícita la cita de entidad tal que nos exima de la consulta de la obra citada.

### C. La referencia a los usos honrados

A la cláusula general suele acompañarle, en Derecho comparado, la referencia expresa a los usos adecuados, honrados, profesionales o sociales<sup>1575</sup>. También en el Convenio de Berna y en la DDASI se hace alusión expresa a estos términos y autores de nuestra doctrina no pueden evitar referirse a los mismos al comentar el precepto<sup>1576</sup>. Con ocasión del proceso de adecuación de la LPI a la DDASI varios fueron

---

<sup>1573</sup> C. ROGEL, «De los límites a las infracciones...», (2003), p. 305.

<sup>1574</sup> Art. 70. 1, *Legge 22 aprile 1941 n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

<sup>1575</sup> Usos adecuados, en la ley sueca (art. 22CA *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*); usos honestos de la profesión en el art. 22.1er de la ley belga (*Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*); usos sociales en Holanda (art. 15a *Copyright Act, 1912*).

<sup>1576</sup> «El derecho de cita ha de ser ejercitado según su natural destino —«use leal», «fair use»—. Para fijar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres, que varían según el tiempo y los lugares y que, por eso, debe ser sometido a la apreciación soberana de los Tribunales, salvo que las partes interesadas fijen convencionalmente los usos normales, lo que no quiere decir que todos los no fijados sean anormales, entiéndase bien, sino simplemente, que no se sabe de antemano si lo son o no». En C. ROGEL, «De los límites a las infracciones...», (2003), p. 306.

los actores que propusieron introducir esta expresión en nuestro texto legal, sin que dichas pretensiones se vieran atendidas<sup>1577</sup>.

### 2.5 *El respeto a los derechos morales del autor*

El art. 32.1.1° exige que la obra citada sea necesariamente una obra divulgada y que se cite la fuente y el nombre del autor. Dado el tenor del precepto, similar al observado para el apartado 2 del mismo artículo, nos remitimos al análisis efectuado respecto a la excepción de ilustración de la enseñanza<sup>1578</sup>. No obstante, téngase en cuenta que en la formulación del derecho de cita no se incluye ninguna apreciación que rebaje, como lo hacía el art. 32.2, las exigencias de la mención a la fuente y al autor. No por ello ha de entenderse que cuando ésta resulte imposible quede anulado el derecho de cita.

### 2.6 *La elaboración de antologías o compilaciones docentes: ¿al amparo del art. 32.1 LPI?*

Antes de finalizar el análisis del derecho de cita, cabe reflexionar sobre un supuesto al que también nos referíamos al analizar la limitación de ilustración de la enseñanza: la elaboración de antologías o compilaciones con fines docentes (*vid. supra* apartado II.9). Se trata de verificar si, al amparo del art. 32.1, cabe proceder a la elaboración de compilaciones de obras —y, en cuanto a lo que a nosotros nos interesa, de crestomatías, *coursepacks* o colecciones de obras protegidas *con* fines docentes—.

Recordemos que en sede de cita el Convenio de Berna autoriza una modalidad específica de antología o compilación: las revistas de prensa<sup>1579</sup>. El párrafo segundo del art. 32.1 LPI también autoriza de manera expresa y bajo determinados requisitos tales compilaciones. Precisamente esta autorización ha llevado a SÁNCHEZ ARISTI a afirmar

---

<sup>1577</sup> Véase por ejemplo las propuestas de EGEDA y la SGAE al Borrador de 2002 formuladas en los correspondientes escritos de alegaciones; o la opción B propuesta por la SGAE y la propuesta de modificación de la VEGAP en sus respectivos escritos de alegaciones al Borrador de 2004.

<sup>1578</sup> *Vid. supra* apartado II.8, donde a su vez nos remitimos al análisis de la DDASI, en el Capítulo 2, apartado II.1.2.H.

<sup>1579</sup> Cfr. art. 10.2 CB *in fine*.

que, con la excusa de la cita, se podría considerar lícita la realización de antologías. A su juicio, el art. 32.1.2º revela el ánimo del legislador de contemplar dentro del art. 32 LPI, algunos casos de incorporación material sucesiva<sup>1580</sup>. Si bien entendemos que la incorporación sucesiva de fragmentos puede resultar amparada por el derecho de cita, no consideramos que éste tolere, como regla general, la elaboración de una antología o crestomatía, es decir, de una obra que consista *única y exclusivamente* o, incluso, principalmente en el compendio de obras o materiales de terceros. Así lo ha destacado con carácter general LLEDÓ<sup>1581</sup> y, en particular, respecto a las obras plásticas y la posibilidad de elaborar una suerte de catálogo cronológico ROGEL<sup>1582</sup>. También BONDÍA considera como una frontera al derecho de cita la realización de colecciones o de obras derivadas<sup>1583</sup>.

Los argumentos en contra de la admisión de la elaboración de antologías docentes o crestomatías al amparo del art. 32.1.1º pueden derivarse de tres frentes: la interpretación del art. 32.1, las exigencias del art. 40 bis y la voluntad del legislador.

En cuanto a la interpretación del art. 32.1 cabe, en primer lugar, darle la vuelta a los argumentos esgrimidos por ARISTI y concluir que las únicas antologías o colecciones de obras que autoriza el art. 32.1 son,

---

<sup>1580</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, (2005), p. 547. También, si bien respecto al régimen previsto en la ley de 1879, entienden que el derecho de cita admite la utilización de obras literarias para la confección de antologías LASSO DE LA VEGA (*El contrato de edición — Los derechos y obligaciones de autores y editores*, Madrid, 1949, pp. 128 y 129) y LÓPEZ QUIROGA (*La propiedad intelectual en España*, Madrid, 1918, pp. 51-52); ambos citados en C. ROGEL, «Notas sobre el Derecho de Cita...», (1984), pp. 980-981. El propio ROGEL, realiza en el artículo citado una interesante propuesta *de lege ferenda*: el desdoblamiento del derecho de cita en utilidades libres y una licencia legal, la cual, si se estimara pertinente, debería aplicarse a las antologías. *Vid. supra* apartado 2.2.A1 *in fine*.

<sup>1581</sup> F. LLEDÓ, «Artículos 31 y 32», (1989), pp. 520-521. En el mismo sentido B. RIBERA, *El Derecho de Reproducción en...*, (2002), p. 263.

<sup>1582</sup> C. ROGEL, «De los límites a las infracciones...», (2003), p. 305.

<sup>1583</sup> F. BONDÍA, «Artículo 32», (1997), p. 378. Recordemos que el artículo 11 LPI considera “obra derivada” los compendios, resúmenes y extractos, mientras que el artículo 12 LPI se refiere a las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos. En ambos casos la protección de tales obras se entiende sin perjuicio de los derechos de autor que subsisten sobre los originales. La elaboración de tales obras requiere, en todo caso, la autorización del autor.



precisamente, las revistas de prensa. Las reseñas o las revistas de prensa no son citas *per se* (ni responden a ninguna de las restantes modalidades contempladas en el art. 31.1.1º)<sup>1584</sup>. El legislador se limita a atribuirles un tratamiento similar —en determinados aspectos puede que incluso más generoso: ¿la incorporación a la revista de la versión *íntegra* de un artículo?— al contemplado para la cita. En el fondo, en el art. 32.1 se incorporan dos limitaciones que se configuran realmente como limitaciones independientes y bien diferenciadas. Y ello es, precisamente, lo que justifica la alusión expresa a las reseñas o revistas de prensa.

Además, consideramos que ninguna de las modalidades contempladas en el art. 32.2.1º, —por un lado, la mera cita (“a título de cita”), y, por otro, “el análisis, comentario o juicio crítico”— puede amparar la realización de antologías. O, al menos, de las antologías o colecciones de obras concebidas en sentido estricto, es decir, de aquellas que incorporan *únicamente* obras o materiales de terceros sin que el antólogo o compilador realice más aportación que la de reunirlos. En cuanto a la primera modalidad —la cita en sentido estricto—, la inserción de obras en una compilación, desnaturaliza el concepto de *mera cita*, la cual, necesariamente, se trae “a colación de algo”. Por otro lado, la inserción de obras en antologías, colecciones o compilaciones concebidas en su acepción más estricta, no supone, en ningún caso, el aporte intelectual respecto a la obra citada que se exige del “análisis, comentario o juicio crítico”.

Ahora bien, si la antología o compendio no se agota en la mera agrupación de obras o materiales de terceros e incluye comentarios analíticos o críticos del compilador —lo cual ocurrirá no pocas veces en los apuntes facilitados a los profesores a los alumnos— podría considerarse superada esta barrera a la elaboración de antologías docentes. Recordemos en este punto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de Octubre de 2003, relativa a una demanda interpuesta por CEDRO contra una entidad con varias dependencias de reprografía en la Universidad de Sevilla donde se habían fotocopiado obras sobre las que la entidad de gestión alega detentar el derecho en

<sup>1584</sup> En sentido similar, C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Artículo 32», (1997), p. 615.

exclusiva de reproducción. En el proceso se concluye que las “obras” objeto de la demanda se refieren a apuntes, lecciones o lecturas de los profesores de la universidad que incorporan obras de terceros. El juzgador estima que las “recopilaciones” efectuadas han de considerarse obras propias de los autores o profesores, simples apuntes sin fin lucrativo y que las utilizations efectuadas tienen encaje en el artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>1585</sup>. No se especifica en la sentencia cuál era la relación entre la extensión de las obras de terceros y las aportaciones propias de los profesores por lo que no tenemos argumentos para criticar o respaldar las conclusiones del juez. Por otro lado, debe valorarse si el hecho de que estas lecciones, en lugar de ser depositadas en la fotocopidora y puestas a disposición de un número limitado de alumnos, hubieran sido publicadas por una editorial para su posterior distribución mediante precio —es decir, persiguieran, aún de manera indirecta, un fin, además de docente, comercial—, hubiera tenido alguna incidencia en el pronunciamiento final.

En todo caso, cabe recordar que en opinión de una parte representativa de la doctrina (*vid. supra* apartado 2.4.B2), de la “obra citante” se exige una sustancialidad propia que no puede derivarse de la mera recopilación de citas. En el supuesto de las antologías o las compilaciones, es más que probable que las citas ya no sean accesorias a la “obra citante”, sino principales. Ellas son, precisamente, la razón de la obra.

El segundo de los frentes que nos lleva a concluir la ilicitud de la elaboración de analogías se deriva de la aplicación del test en tres pasos. En efecto, la necesaria interpretación del art. 32.1.1º a la luz de lo exigido por el art. 40 bis nos plantea no pocas reticencias —las estudiábamos al analizar el art. 32.2— para admitir la elaboración de colecciones de obras sin las correspondientes autorizaciones. Nos remitimos a los argumentos allí utilizados, referidos a la posibilidad de que la elaboración de antologías y compilaciones perjudique de manera injustificada los intereses legítimos del autor o vaya en detrimento de la explotación normal de la obra (*vid. supra* apartado II.9.2.B).

---

<sup>1585</sup> Fundamentos Jurídicos Cuarto a Sexto.

Finalmente, también una interpretación en contra de la agrupación o compilación de obras o fragmentos al amparo del art. 32.1.1º o de cualesquiera otras limitaciones contempladas en la LPI parece derivarse de la voluntad del legislador. Las cautelas a la hora de posibilitar la realización de antologías, compendios o recopilaciones han estado en el punto de mira del legislador en la reforma de 2006, tanto en la nueva regulación de las reseñas o revistas de prensa<sup>1586</sup> como, en particular respecto a las compilaciones realizadas con fines docentes, en la limitación referida a la ilustración de la enseñanza. Y ya hemos visto que el nuevo apartado 2 del artículo 32 dispone que no resultan amparadas por la limitación las compilaciones o agrupaciones de fragmentos si tienen como fin la ilustración de las actividades educativas en las aulas.

Para concluir cabe recordar que, en el Derecho comparado, la regulación especial de las antologías, y en lo que a nosotros concierne de las realizadas con fines educativos, se contemplan en preceptos generalmente distintos del de la cita. Al estudiar la prohibición del art. 32.2.2º citábamos la legislación alemana<sup>1587</sup>, la eslovena<sup>1588</sup>, la danesa<sup>1589</sup> o la licencia italiana<sup>1590</sup>. Por el contrario, en Argentina, el art. 10 de la Ley 11.723, al regular el derecho de cita, explícitamente hace referencia a las mismas —“quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes”—, si bien matiza que “en el caso inclusiones de obras ajenas sean la parte

<sup>1586</sup> Recordemos que tras la reforma de 2006, el art. 31.1.2º reza: “Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.”

<sup>1587</sup> Sección 46, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, 1965.

<sup>1588</sup> Art. 47, *Copyright and Related Rights Act (Official Gazette No 16/2007)*.

<sup>1589</sup> Art. 18, *Consolidated Act on Copyright 2003*.

<sup>1590</sup> Arts. 70.2, *Legge 22 aprile 1941, n.633, recante protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*. El art. 22 del reglamento de desarrollo de la ley delimita la extensión en la que pueden utilizarse las obras y determina el procedimiento a seguir para cuantificar la remuneración en caso de desacuerdo entre las partes, *R.D. 18 maggio 1942, n. 1369, Regolamento per esecuzione della Legge 22 aprile 1941, n. 633, per la protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas”<sup>1591</sup>, es decir las configura como licencias obligatorias.

## *2.7 Consideraciones finales*

Antes de terminar el análisis de la excepción de cita, merece la pena que nos detengamos, por unos instantes, a valorar la relación entre la limitación contemplada en el art. 32.2.1º (derecho de cita) y la prevista en el art. 32.2 (ilustración de la enseñanza). Para ello hemos de partir de la fundamentación esgrimida por el legislador para incorporar la nueva limitación a la LPI y que, como se explicita en el Preámbulo de la Ley 23/2002, tiene como finalidad “facilitar el desarrollo de la actividad educativa”<sup>1592</sup>. También en el Preámbulo, el legislador reconoce que las *únicas* limitaciones existentes hasta la reforma efectuada por la Ley 23/2006 con fines de ilustración en la enseñanza eran las previstas para las bases de datos.

Ambas puntualizaciones nos llevan a concluir que la incorporación de la limitación de ilustración con fines de enseñanza responde precisamente a la necesidad de suplir la ausencia de limitaciones respecto a un tipo de utilizaciones que no encuentran su acomodo en las limitaciones preexistentes, en particular en el derecho de cita. Si bien ésta está prevista con fines docentes y, por tanto, podría llegar a amparar citas que tengan como finalidad la ilustración de la enseñanza, lo cierto es que no agota todos los usos con fines de ilustración de la enseñanza. Es en el campo que excede de la intersección entre la cita con fines docentes y las utilizaciones con fines de ilustración de la enseñanza donde la aplicabilidad del art. 32.2 será especialmente relevante.

Ello nos fuerza a concluir que, cuando coinciden los requisitos previstos en el art. 32.1 con los impuestos para el art. 32.2 (p. ej., los referidos a las restricciones cuantitativas relativas a la extensión en la que la obra

---

<sup>1591</sup> Art. 10 Ley 11.723.

<sup>1592</sup> *Vid. supra* nota 1023.

puede ser utilizada), la interpretación del segundo de los preceptos arrojará unos resultados en general más permisivos que los tolerados por el primero, y ello debido al tipo de utilizaciones a las que cada uno de ellos están orientados (citas *vs.* actos de ilustración de las actividades educativas en las aulas), a la concreción de la cláusula general incorporada a los mismos y, en última instancia, a la interpretación de la voluntad del legislador de la que se concluye un alcance mayor para el segundo de los preceptos.

R. BERCOVITZ, barajando diversas posibilidades respecto a la interpretación de la relación entre ambos preceptos, se plantea, entre ellas, la de que el art. 32.2 excepción en el campo de la docencia al art. 32.1, de modo que, respecto a los fines docentes, se vea reducido el campo de aplicación de este último<sup>1593</sup>. En nuestra opinión, no existe una relación de especialidad entre ambos preceptos que sostenga el razonamiento apuntado, como tampoco la hay entre el art. 32.1 y el art. 37.1, pese a que ambos se refieren a los fines de investigación. En todo caso, si se apreciara la relación de especialidad sólo debería predicarse, como hemos sugerido, respecto a los actos autorizados por el art. 32.2 conforme a las múltiples restricciones incorporadas en el mismo. Así, habrá utilizaciones con fines de ilustración de la enseñanza que, debido a la propia configuración de la limitación —restricciones relativas al tipo de obras que pueden ser utilizadas, a los beneficiarios y al tipo de enseñanza o al lugar en el que el acto de ilustración sea llevado a cabo— no queden amparadas por el art. 32.2. En tales casos deberá barajarse la posibilidad de aplicar el art. 32.1. Al principio del presente capítulo relacionábamos algunos ejemplos: las realizadas *por estudiantes* —p. ej. la incorporación de imágenes a las presentaciones que realicen de sus trabajos en las aulas—; las referidas a actividades docentes de *educación no reglada* —así, las que se lleven a cabo en el marco de actividades no curriculares—; las que tengan lugar *fuera del aula* —p. ej. la

---

<sup>1593</sup> En «Los derechos de autor y los límites», (2006), pp. 57 y ss. La primera posibilidad que se plantea el autor «es considerar que el art. 32.2 es inútil por estar ya comprendido todo él en el art. 32.1. Ello supone en la práctica negarle eficacia alguna, a excepción de su párrafo 2º, ya que este último hace referencia a un supuesto concreto no subsumible claramente en el art. 32.1. Sólo serviría pues ese párrafo 2º, concretamente para impedir una interpretación del art. 32.1 que extendiese su aplicación a esos casos».

reproducción de una obra en una clase celebrada fuera de la institución docente—; o las que tengan por objeto la utilización de fragmentos de las *obras marginadas* del art. 32.2 —“los libros de texto o los manuales de universitarios” —.

### *3 Las limitaciones con fines de enseñanza a los derechos de autor sobre las bases de datos*

La LPI contempla en sus arts. 34.2 b) y 135.1 b) dos excepciones *con fines de ilustración de la enseñanza* y de la investigación, que afectan, respectivamente, al derecho de propiedad intelectual y al derecho *sui generis* sobre las bases de datos. Ambos preceptos se introducen en nuestra LPI por la Ley 5/1998, de incorporación al Derecho español de la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos<sup>1594</sup>. En el presente apartado estudiaremos el régimen previsto para los derechos de propiedad intelectual. Al derecho *sui generis* le dedicaremos el apartado 4.

#### *3.1 La regulación del derecho de propiedad intelectual sobre las bases de datos y sus limitaciones. En especial, la excepción con fines de ilustración en la enseñanza*

A. Generalidades. Un régimen de excepciones específico para las bases de datos

Nuestro LPI contempla en el art. 12.1, junto a protección otorgada a las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos

---

<sup>1594</sup> A diferencia de lo sucedido hasta entonces, —la incorporación de la normativa comunitaria en la materia se había realizado mediante leyes especiales que no reformaban directamente el articulado de la LPI—, el legislador opta por integrar directamente las reformas planteadas con ocasión de la implementación de la DBD en el TRLPI. De acuerdo con lo declarado en la Exposición de motivos de la norma: “razones de eficacia y economía legislativa justifican que dicha incorporación se realice directamente en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual [...]. Con ello, se quiere evitar una proliferación de textos diferentes y facilitar a los destinatarios de la norma el acceso y la utilización de la normativa actual sobre propiedad intelectual.” Tal y como se ha destacado (S. CÁMARA, «El nuevo derecho sui generis...», (1999), p. 69, y R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 49) esta técnica de transposición merece una valoración positiva. También con la reforma implementada por la Ley 23/2006 se procede en este sentido.

independientes como las antologías, la protección por el derecho de propiedad intelectual de las bases de datos. Tomando como punto de partida el texto de la DBD, se definen las bases de datos como las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma<sup>1595</sup>. Tal protección se reconoce sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos y alcanza *únicamente* a la estructura de la base de datos, en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a éstos. Por otro lado, el art. 40 ter declara la compatibilidad del derecho de propiedad intelectual sobre las bases de datos con el derecho *sui generis*<sup>1596</sup> y con otros derechos que eventualmente coexistan sobre las mismas —así los derivados de la aplicación de la normativa relativa a otros derechos de propiedad intelectual, derecho de propiedad industrial, derecho de la competencia, derecho contractual, secretos, protección de los datos de carácter personal, protección de los tesoros nacionales o sobre el acceso a los documentos públicos—.

La Ley 5/1998 introduce, bajo la rúbrica *Utilización de bases de datos por el usuario legítimo y limitaciones a los derechos de explotación del titular de una base de datos*, una disposición, el art. 34, específicamente dedicada a los “límites” a la propiedad intelectual de las bases de datos, con una redacción muy similar a la prevista en la DBD.

Así, en el art. 34, apartado 1, se contempla la excepción relativa al “uso normal de la base de datos”:

“El usuario legítimo de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley o de copias de la misma, podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo de ese autor. En la medida en que el usuario legítimo esté autorizado a utilizar sólo una parte de la

---

<sup>1595</sup> Art. 12.2 LPI.

<sup>1596</sup> Sobre la relación entre el derecho de autor y el derecho *sui generis* véase S. CÁMARA, «El nuevo derecho sui generis...», (1999), pp. 73-76.

base de datos, esta disposición será aplicable únicamente a dicha parte.

Cualquier pacto en contrario a lo establecido en esta disposición será nulo de pleno derecho. “

En el apartado 2 se establece que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31, no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley y que haya sido divulgada:

a) Cuando tratándose de una base de datos no electrónica se realice una reproducción con fines privados.

b) Cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente.

c) Cuando se trate de una utilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial.”

Varios aspectos del precepto merecen ser destacados. En primer lugar, el legislador español no ha aprovechado la oportunidad brindada por la DBD (art. 6.4 d)) de aplicar a las bases de datos las limitaciones tradicionales previstas en general para las obras protegidas o, en su caso, para las bases de datos si su protección ya estaba prevista antes de la promulgación de la DBD<sup>1597</sup>. No olvidemos que España era uno de los Estados miembros que con anterioridad a la promulgación de la DBD ya otorgaba protección explícita por la vía de la propiedad intelectual a las bases de datos originales, independientemente de que éstas estuvieran compuestas de obras protegidas o de simples informaciones<sup>1598</sup>, y que, en paralelo a esa protección, se reconocía, como no podía ser menos, la existencia de determinadas limitaciones, a saber: las admitidas en el Capítulo 2 Título Tercero de la ley para todo

---

<sup>1597</sup> *Vid. supra* Capítulo 2, apartado II.2.

<sup>1598</sup> El art. 12 con anterioridad a la reforma disponía: “Artículo 12. Colecciones: También son objeto de propiedad intelectual, en los términos de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, como las antologías, y las de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso de los derechos de los autores de las obras originales.”



tipo de obras. La implementación de la DBD tiene, por tanto, como efecto restringir el número de limitaciones que tradicionalmente se aplicaban a las bases de datos, sin que, no obstante, ello venga exigido por la norma comunitaria.

Al regular el régimen de limitaciones al derecho de propiedad intelectual se opta por implementar un régimen específico sólo aplicable a las bases de datos<sup>1599</sup>. Como resultado se da la paradoja de la potencial coexistencia de tres regímenes distintos de limitaciones; uno más amplio sobre las obras en su caso incorporadas a la base de datos —arts. 31-39 LPI—, y dos más restringidos: el relativo a la propiedad

---

<sup>1599</sup> Como ha destacado R. BERCOVITZ el legislador se enfrentaba a dos opciones de política legislativa a la hora de encarar la transposición de la DBD: «Cabía atribuir un título propio a las bases de datos en el Libro I, al igual que se ha hecho con las obras audiovisuales y con los programas de ordenador. Cabía renunciar a semejante tratamiento diferenciado si se consideraba que la regulación de las bases de datos carecía de especialidad suficiente para ello. Esto último es lo que se ha hecho; pero luego, en un tema tan importante como el de los límites o excepciones se abandona el tratamiento conjunto con las demás obras y se opta por crear un régimen específico en un artículo dedicado únicamente a las base de datos, separado de aquellas.» En R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 60.

En palabras del mismo autor: «es probablemente en esta parte de la LPI donde la Ley 5/1998 ha introducido los cambios más aparatosos formalmente, al par que inútiles y generadores de alguna confusión Todo ello es fruto de la renuncia a transponer las excepciones o límites, previstos en el art. 6 de la Directiva para los derechos de explotación una base de datos (art. 5 de la Directiva), mediante su encaje correcto en los límites del derecho de autor en general previamente existentes en nuestra LPI, y recogidos en los arts. 31 y ss. de la misma. En vez de contrastar las limitaciones del art. 6.2 de la Directiva con dichos arts. 31, 32 y 37, teniendo en cuenta también las posibilidades que brinda el art. 6.2 d), para introducir los cambios imprescindibles, nuestro legislador opta por copiar el art. 6.1 y 2 de la Directiva en un nuevo art. 34, dedicado exclusivamente a los límites de los derechos de explotación sobre bases de datos, rompiendo así la armonía y el sistema de ese Capítulo II del Título III del Libro I —arts. 31 a 40 LPI—, dedicado fundamentalmente a una regulación de los límites generales del derecho de autor sobre las bases de datos con los límites del derecho de autor sobre el resto de las obras (sobre las obras en general) mediante fórmulas que únicamente producen discusión, y que necesitan por ende una interpretación correctora.» Op. cit., pp. 59-60.

Asimismo ha de apuntarse que, siendo la intención del legislador introducir un régimen específico para las bases de datos, resulta extraña la ubicación del precepto: en medio de la lista de límites que afectan en general a las obras protegidas, cuando desde un punto de vista sistemático hubiera resultado más coherente incluirlo, sino en un Capítulo aparte, al menos al final de la lista.

intelectual sobre las bases de datos —art. 34 (y art. 31.1 LPI<sup>1600</sup>)— y el definido para el derecho *sui generis* —art. 135 LPI—. Como

---

<sup>1600</sup> Que, estimamos, resulta en todo caso aplicable a las bases de datos.

En este punto cabe traer a colación el juego de remisiones que se produce entre el art. 31 y el 34.2 LPI y que ha llevado a la doctrina a barajar diferentes interpretaciones.

Una primera posibilidad es, tomando como punto de partida la remisión del art. 31, la aceptación de que las únicas limitaciones previstas a los derechos de autor sobre las bases de datos son las del art. 34. Así una de las opciones que baraja R. BERCOVITZ en «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 62, aunque el mismo reconoce que tal interpretación se viene abajo al enfrentarse con la remisión del art. 34.

BONDÍA considera que ambas remisiones se anulan mutuamente y que, por tanto, se aplican a las bases de datos las limitaciones previstas en el art. 34 y las contemplados en el art. 31 siempre que no sean coincidentes con las de aquel. En «Recientes reformas legales...», (1998), p. 5. Ello, atendiendo a las versiones de ambos artículos introducidas por la ley 5/1998, nos puede conducir asimismo a dos soluciones: entender que la única limitación no coincidente es la prevista a favor de los invidentes —aplicándose por tanto a las bases de datos los límites contemplados en el art. 34 más el reflejado entonces en el núm. 3 del art. 31— o, como considera CUENA, estimar aplicables a las bases de datos no sólo la limitación contemplada en el número 3 del art. 31, sino igualmente la número 2 del art. 31, eso sí, sólo en relación con las bases de datos electrónicas En M. CUENA, «Bases de datos y derecho de autor...», (2001), p. 15. Tras la reforma de 2006, que da nueva redacción al art. 31 esta última interpretación queda, no obstante, totalmente desterrada. No sólo desaparece la remisión al art. 34, sino que de manera explícita se excluye a las bases de datos del alcance de la copia privada.

Otra explicación, muy forzada, sería la de considerar que el “sin perjuicio” del art. 34, pretende significar que, exceptuando las limitaciones incompatibles del art. 31 (la copia privada) y además de las contempladas en el art. 34, pueden aplicarse a las bases de datos las restantes limitaciones contempladas en el Capítulo de Límites de la LPI, como acontecía antes de la promulgación de la Ley 5/1998. Así parecía entenderlo S. CÁMARA, al afirmar que los límites contemplados en el Libro I, Título III, Capítulo II, «son aplicables a todas las obras, entre las que se encuentran las bases de datos, las cuales, además, tienen sus excepciones específicas»; en «El nuevo derecho sui generis...», (1999), p. 97, nota 234 (reproducimos el razonamiento completo del autor un poco más arriba, en nota 1631). No obstante nótese que en el cuerpo de un artículo posterior —no en la nota a pie de página— el autor se posiciona con carácter rotundo en el extremo opuesto: «El legislador español ha creado un régimen propio de excepciones o límites a estos derechos exclusivos del autor de una base de datos, marginando así la aplicación general de límites contenida en los arts. 31 y ss. de la LPI». En S. CÁMARA, «Protección jurídica de las bases de datos en Internet», (2002), p. 1608. En efecto una interpretación extensiva que extienda la aplicación de los “límites” contemplados en el Capítulo citado a los derechos de autor sobre las bases de datos, además de resultar claramente opuesta al tenor del precepto, resulta incoherente al constatar que, por ejemplo, el supuesto regulado en la letra c) estaba ya parcialmente regulado en el por entonces art. 31 del texto refundido (hoy 31bis): “1.º Como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo”.

recordábamos al analizar la DBD, la Comisión ya había advertido de esta incongruencia no deseable<sup>1601</sup>:

“Si algunas obras están sujetas a excepciones a los derechos exclusivos del autor (bien porque la legislación de los Estados miembros ofrece soluciones específicas, o porque existen acuerdos entre el creador de la base de datos y el titular de los derechos sobre el contenido), dichas disposiciones podrán seguir aplicándose incluso si, desde un punto de vista técnico, ello supusiera una infracción de los derechos sobre la selección y disposición del contenido. *Esto es una precaución necesaria para evitar que se conceda a una obra incorporada a una base de datos, una protección mayor que la que hubiera tenido si se hubiera distribuido de otra manera.*”

Pues bien, tales efectos, que son los generados por la transposición española de la DBD, se hubieran visto parcialmente mitigados si se hubiera adoptado la propuesta formulada en el primer Borrador de reforma de la LPI, de noviembre de 2002, que modificaba el art. 34.2 de la LPI<sup>1602</sup>, proponiéndose la siguiente redacción:

“La utilización de las bases de datos protegidas por el artículo 12 de esta Ley para la realización de copias privadas, con fines de seguridad pública o a efectos de procedimientos oficiales; así como para la ilustración con fines educativos o de investigación científica, se sujetará a lo previsto, respectivamente, en los artículos 31 apartado 2, 31 bis apartado 1 y 32 apartado 2.”

La reforma hubiera implicado, entre otras cosas, la alineación de los límites de ilustración de la enseñanza para las bases de datos y las restantes obras protegidas, pero, en todo caso, no hubiera resuelto la

---

La interpretación más adecuada al tenor literal de los preceptos vigentes parece apuntar a que los únicos límites de las bases de datos son los contemplados en el art. 34 y —*sin perjuicio de*— los del art. 31, que quedarían limitados (dada la negación del inciso final del art. 31.2) al art. 31.1 es decir: a la excepción relativa a las reproducciones provisionales. No obstante, ésta no es en modo alguno, la solución perseguida por el legislador en 1998, ya que, como es sabido, tal excepción no se contemplaba en el texto por entonces vigente. Por otro lado ¿qué pasa con los límites del art. 31 bis relativos a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad y contemplados con anterioridad en el art. 31 LPI?

<sup>1601</sup> Apartado 7.2 EdM Propuesta Inicial de la Directiva de Bases de Datos, p. 50.

<sup>1602</sup> Artículo Décimo Borrador LPI noviembre 2002.

amalgama de regímenes de limitaciones sobre las bases de datos y las obras a ellas incorporadas ni hubiera admitido la aplicación a las bases de datos de otras limitaciones como las previstas a favor de la información.

## B. La excepción con fines de ilustración en la enseñanza

El art. 34 LPI, en su apartado segundo letra *b*) recoge una limitación a los derechos de propiedad intelectual sobre las bases de datos relativa a su utilización con fines de ilustración en la enseñanza y la investigación. Salvando nuestro peculiar derecho de cita (*vid. supra* apartado 2), ésta es la primera aparición de una limitación específicamente prevista con fines de ilustración enseñanza en el ordenamiento español<sup>1603</sup> y, junto a la del derecho *sui generis*, la única hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 23/2006. En su configuración el legislador hace gala de un “seguidismo” literal de la DBD, por lo poco cabe añadir al análisis de aquella<sup>1604</sup>.

### *b1 Obras afectadas*

Los límites del art. 34 LPI afectan a las bases de datos, definidas en el art. 12.2 de la LPI como colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma. En su apartado anterior, junto a las bases de datos, el art. 12 otorga protección a las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías. Así que la primera pregunta que nos planteamos es: ¿afectan los límites contemplados en el art. 34 también a estas colecciones? Pregunta que presupone otra de mayor calado: ¿son las colecciones conceptualmente distintas de las base de datos? Aunque se ha afirmado que no<sup>1605</sup>, consideramos necesario formular ciertos matices. Cabe, por un lado, apuntar la posibilidad de colecciones que no cumplan con los requisitos de la

---

<sup>1603</sup> Recordemos que, con ocasión de la preparación de la Ley de 1987, el Grupo Parlamentario CDS presentó, tanto en el Congreso como en el Senado, sendas enmiendas para que se ampliara la excepción a favor de las bibliotecas a los fines docentes. Ninguna de ellas fructificó. *Vid. supra* nota 72.

<sup>1604</sup> *Vid. supra* Capítulo 2, apartado II.2.2.C.

<sup>1605</sup> En R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 55, nota 118.

disposición *sistemática* o *metódica* —así las colecciones confeccionadas al azar—, aunque en tal caso podría cuestionarse su originalidad. En cuanto a los requisitos de accesibilidad y el de la individualidad, consideramos que difícilmente encontraremos una obra que siendo una colección no permita la accesibilidad individual a sus elementos. En todo caso, parece admisible en el plano teórico un concepto más amplio de colección que, no obstante, en su seno, incorpore el concepto más restringido de base de datos. No cabe por tanto afirmar una identidad de objeto —realmente se da una relación de especialidad— ni, al menos en lo que se refiere al régimen de excepciones<sup>1606</sup>, de régimen jurídico.

Por otro lado, el art. 34.2 b), al autorizar “la utilización” de las bases de datos, no introduce ninguna restricción cuantitativa relativa a la extensión en que la base puede ser utilizada. Así, en principio, — y siempre sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del régimen establecido para el derecho *sui generis*— está permitida la utilización de la base en su integridad. No obstante, la cláusula general a la que se sujeta el precepto —“en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga”— y la interpretación del art. 34.2 b) a la luz de lo dispuesto en el art. 40 bis, mitigarán los efectos perjudiciales que pudieran derivarse de una interpretación como la apuntada. También la aplicación de la cláusula general vendrá a limitar el número de copias que pueden realizarse de la base con fines de ilustración de la enseñanza. Así, la doctrina ha considerado, por ejemplo, que resulta recomendable que éste guarde relación con el de estudiantes<sup>1607</sup>.

### *b2 Derechos afectados*

Nuevamente el legislador autoriza “la utilización” de la base de datos, concepto deliberadamente amplio que abarca todos los derechos de explotación<sup>1608</sup>. I. GARROTE, con anterioridad a la publicación de la Ley

<sup>1606</sup> A juicio de S. CÁMARA nuestro texto legal otorga una *protección* indistinta a las bases de datos y a las colecciones. En «El nuevo derecho sui generis...», (1999), p. 81.

<sup>1607</sup> R. CASAS, «Spain», (2003), p. 199.

<sup>1608</sup> En contra R. CORRIPIO: «Parece que con el término “utilización” el legislador está permitiendo sólo los actos necesarios para el acceso al contenido sirviéndose de los sistemas de indización o estructura de la base lo que conllevará, en el caso de las electrónicas, ciertas reproducciones temporales, como la carga y visualización en pantalla. Interpretada así, el alcance de la excepción es muy limitado y no abarca la totalidad del derecho de

23/2006, apuntaba un posible conflicto con el art. 37 de la LPI, para el caso de la puesta en disposición en línea de la base de datos, cuando ésta es operada por una institución de las que se mencionan en el art. 37 —a saber: museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico—, ya que éste —en la versión entonces vigente— no admitía en ningún caso la comunicación pública. El autor resuelve la aparente contradicción aplicando los principios de especialidad —como hemos visto, se ha provisto a las bases de datos de un régimen específico y limitado de excepciones— y temporalidad<sup>1609</sup>, admitiendo, por tanto, que el art. 34.2 se aplica igualmente a la puesta a disposición del público de las bases de datos.

Incluso tras la incorporación en nuestro Derecho de la limitación relativa a la puesta a la disposición de obras protegidas para la consulta *in situ* (art. 37.3), consideramos que puede alcanzarse una conclusión similar a la esgrimida por el autor citado. En efecto, la opción escogida por el legislador español al establecer un régimen específico para las bases de datos determina que para éstas no resulten aplicables las otras limitaciones previstas en la LPI ni, en particular, las contempladas en el art. 37. Pero además, al menos en lo que se refiere a la finalidad educativa —que no en lo relativo a la investigación científica—, no existe conflicto alguno entre las limitaciones, ya que no se da una identidad de fines con las disposiciones previstas en el art. 37. En todo caso, no consideramos pertinente argumentar que las únicas limitaciones en las que podrán resultar amparadas las utilidades realizadas por las bibliotecas sean las del art. 37. Pensemos, por ejemplo, en la contemplada en el art. 31 bis.2, relativa a los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad. Eso sí, lo que no ofrece duda es que las limitaciones del art. 37 sólo pueden ser ejercidas por los centros relacionados en la disposición, entre ellos las bibliotecas. La puesta a disposición al público de las bases

---

reproducción de forma que otras reproducciones no estarían amparadas por esta excepción como por ejemplo copiar una obra en un CD». En «Principales novedades en la regulación...», (2002), p. 29.

<sup>1609</sup> I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 494.

de datos con fines de ilustración de la enseñanza queda, pues, autorizada por nuestro ordenamiento, incluso si es llevada a cabo por las instituciones relacionadas en el art. 37 LPI.

### *b3 Beneficiarios*

Al igual que acontece en la DBD en sede de derechos de autor, en el art. 34.2 no se alude al usuario legítimo, por lo que podrá beneficiarse de la excepción cualquier persona<sup>1610</sup> siempre que concurren los requisitos exigidos por el precepto. No obstante, la alusión al objetivo no comercial ha llevado a miembros destacados de nuestra doctrina sugerir que las instituciones educativas con ánimo de lucro no pueden beneficiarse de la excepción<sup>1611</sup>. Discrepamos de tal afirmación al entender que el objetivo no comercial que se persiga se refiere al acto de utilización de la base de datos en sí mismo o a la actividad de enseñanza o investigación. Recordemos que ésta, de acuerdo con lo dictado por el Considerando 42 DDASI, es la interpretación más adecuada de la exigencia relativa a la finalidad no comercial prevista en el art. 5.3 a) DDASI<sup>1612</sup> y, dado que éste tiene entre sus antecedentes más inmediatos la DBB, no encontramos una justificación adicional que justifique una interpretación como la apuntada del requisito relativo al objetivo no comercial.

Tampoco nos parece que el art. 34.2 b) exija que los beneficiarios de la limitación estén necesariamente vinculados a una institución docente. Pese a que ésta sí es la conclusión respecto a la interpretación del art. 10.2 del Convenio de Berna<sup>1613</sup>, no podemos olvidar que las limitaciones estatales con fines de ilustración en la enseñanza pueden tener un alcance mayor que el allí previsto siempre que se respete lo tolerado por

---

<sup>1610</sup> En el mismo sentido F. BONDÍA, «Recientes reformas legales...», (1998), p. 5. Aparentemente en contra R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 43; I. GARROTE, *El derecho de autor en Internet...*, (2003), p. 494, dando a entender que la excepción con fines de ilustración se aplica sólo al usuario legítimo, tanto en la DBD como en la LPI.

<sup>1611</sup> R. CASAS, «Spain», (2003), p. 202; quien señala, en consecuencia, que tratándose de instituciones privadas éstas «deberán adoptar la forma de asociación o fundación. En ningún caso, la de sociedad, sea civil o mercantil. Tampoco podrá tratarse de cooperativas.»

<sup>1612</sup> *Vid. supra* Capítulo 2 apartado 1.2.E1.

<sup>1613</sup> *Supra*, Capítulo 2, apartado I.1.2.E.

el art. 9.2 del mismo texto<sup>1614</sup>. R. CASAS entiende, en cambio, que sería excesivo y probablemente contrario al test en tres pasos, considerar a todo establecimiento que desarrolle actividades educativas como potencial beneficiario de la excepción. En su opinión, para reconducirla a límites razonables es básico el sentido que se le dé al requisito de no comercial e incluso sugiere la introducción de distinciones adicionales, como la que separa la enseñanza reglada o no reglada<sup>1615</sup>. El último de los criterios apuntado por el autor ha sido, como hemos estudiado, acogido en la nueva excepción del art. 32.2, sin que el legislador haya manifestado la voluntad de extenderlo al régimen de la base de datos, lo que corrobora nuestra afirmación inicial: cualquiera puede utilizar una base de datos con fines de ilustración en la enseñanza. Ningún temor ha de guardarse a esta interpretación amplia del precepto: todo exceso realmente injustificado y contrario a los intereses del autor contravendría lo dispuesto en el art. 40 bis.

Además de los profesores, nada impide, a nuestro juicio, que la utilización de la base de datos puede realizarse por estudiantes, siempre que la misma se lleve a cabo con fines de ilustración y no para el estudio privado —al que le sería aplicable la excepción contemplada en la letra *a*) del precepto—. Si la utilización tiene como objetivo la ilustración de la actividad científica también podrá acogerse a lo previsto en el art. 34.2 b), ya que en la misma —como en la paralela de la DDASI— concurren ambas finalidades. Por otro lado, cabe preguntarse si es lícito que sea una persona distinta al profesor o al estudiante —quienes, en efecto, realizan los actos de ilustración— la que por encargo de éstos lleve a cabo una utilización —p. ej. la reproducción de la obra— para su uso por aquellos. Al igual que concluimos respecto al ámbito subjetivo de aplicación del art. 32.2<sup>1616</sup>, no vemos ningún impedimento a este supuesto, salvo en el caso de que la primera utilización —que al comentar el art. 32.2 denominábamos “preparatoria”— persiga, además, un objetivo comercial.

---

<sup>1614</sup> *Vid. supra*, Capítulo 2, apartado I.1.3.

<sup>1615</sup> R. CASAS, «Spain», (2003), p. 201.

<sup>1616</sup> *Ut supra*, apartado II.2.2.B.



*b4 La cláusula general: “en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga”*

El art. 34.2 b) exige que la utilización se realice “en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga”. La cláusula general coincide casi literalmente con la del art. 32.2 y las contempladas en las disposiciones de los dos textos comunitarios que hemos estudiado, por lo que, para evitar repeticiones, nos remitimos a los comentarios allí vertidos<sup>1617</sup>.

*b5 El destino de la utilización: bases de datos y antologías con fines de ilustración en la enseñanza*

Cabe preguntarse si al art. 34.2 b) ampara la incorporación de una base de datos en otra base de datos, antología, o compilación con fines de ilustración en la enseñanza. Un ejemplo sería la preparación para un curso de historia de arte de una página web en la que se pusieran en común diferentes bases de datos con imágenes de las obras más características de diferentes períodos de la historia para ser utilizados por el profesor en sus clases. A diferencia de lo que concluíamos en relación con los arts. 32.1.1° —debido a su incompatibilidad manifiesta con el fin de la cita— y 32.2 —dada la prohibición explícita del art. 32.2.2°—, ninguno de los requisitos contemplados de manera explícita en el art. 34.2 juega claramente en contra de tal posibilidad, de ahí que se haya afirmado que la realización de compilaciones, siempre que se realice respetando los restantes requisitos del precepto, es conforme al art. 34.2 b) LPI<sup>1618</sup>. No obstante, como hemos visto, resulta dudoso que en la voluntad del legislador esté admitir con carácter general este tipo de usos. Ante tal duda habrá de determinarse si la interpretación apuntada respeta lo previsto en el art. 40 bis<sup>1619</sup>. Sin perjuicio de lo dicho, si las bases de datos que pretenden utilizarse incorporan obras protegidas por la propiedad intelectual habrá de recabarse la autorización de los correspondientes titulares de derechos. En todo caso

---

<sup>1617</sup> Consúltense de este Capítulo el apartado II.7 y del Capítulo 2 los apartados II.1.2.E (DDASI) y II.2.C5 (DBD).

<sup>1618</sup> R. CASAS, quien admitiendo esta posibilidad, reconoce que, debido a la especial configuración del derecho de propiedad de las bases de datos, es una hipótesis un tanto absurda, «Spain», (2003), p. 205.

<sup>1619</sup> Vid. supra apartado II.9.2.B.

habrá de tenerse en cuenta la eventual concurrencia del derecho *sui generis* sobre la base de datos. (Vid. infra apartado 4.)

#### F. El respeto a los derechos morales

El art. 34.2 exige para las tres excepciones a los derechos de autor sobre las bases de datos que la obra haya sido divulgada<sup>1620</sup>. Además específicamente para la letra *b*) del precepto requiere que se indique en cualquier caso la fuente. Entendemos que pese a que no se especifica, resulta exigible la mención al autor si éste fuera conocido.

#### G. Conclusiones

Al no incorporar más restricciones que las referidas a la finalidad, a la cláusula general y a la mención a la fuente, la limitación prevista en el art. 34.2 b) con fines de ilustración en la enseñanza se perfila en términos más amplios que la contemplada en el art. 32.2 LPI. El art. 34.2 b) podrá invocarse por *estudiantes* y profesores que participen en actividades de enseñanza reglada y *no reglada*, podrá afectar —siempre que lo tolere la aplicación de la cláusula general— a la *totalidad de cualquier tipo* de base de datos (independientemente de que haya sido concebida o no con fines de naturaleza didácticas) y la utilización de la misma podrá realizarse *fuera* de las clases. No obstante, cabe confirmar, como ya señalábamos respecto a la DBD<sup>1621</sup> y como ha destacado R. CASAS comentando este mismo precepto<sup>1622</sup>, su limitada utilidad práctica. Y ello no tanto en virtud de los requisitos incorporados a la excepción, sino de la propia configuración del derecho de propiedad intelectual sobre las bases de datos que, tal y como se desprende del art. 12.1 LPI, recae sobre la estructura y no sobre los contenidos incorporados a la obra, siendo estos últimos los que en la mayoría de los casos pretenderán utilizar e usuarios<sup>1623</sup>. La utilización de los contenidos cuando estén protegidos por la propiedad intelectual deberá sujetarse a lo dispuesto en el art. 32.2 LPI. Además, si la base de datos

---

<sup>1620</sup> R. BERCOVITZ critica esta innovación del legislador español, que considera perturbadora e inoportuna; en «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 60.

<sup>1621</sup> Vid. supra Capítulo 2, apartado 2.2.C7.

<sup>1622</sup> R. CASAS, «Spain», (2003), p. 198.

<sup>1623</sup> Íd.

está protegida por el derecho *sui generis*, entonces habremos de estar a lo dispuesto en su regulación específica. A ella nos referiremos en el siguiente apartado.

#### *4 Las limitaciones con fines de ilustración en la enseñanza al derecho sui generis sobre las bases de datos*

##### *4.1 Introducción. El derecho sui generis sobre las bases de datos. Límites a las facultades de explotación y limitaciones*

###### A. Generalidades

La regulación del derecho *sui generis* se dispone en el título VIII en el Libro II de la LPI, creado por la Ley 5/1998. El legislador español se ciñe en la mayor parte de los artículos que lo componen al tenor literal de la DBD. Concibe el derecho *sui generis* como un derecho nuevo, distinto del derecho de autor y de los otros derechos de propiedad intelectual<sup>1624</sup>. Éste recae sobre las bases de datos cuya constitución suponga una inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido<sup>1625</sup>. La definición de las bases de datos viene dada —pese a la ubicación del precepto— por el art. 12 LPI, si bien en el caso del derecho *sui generis* no opera, como es sabido, el criterio de la originalidad. Mediante el derecho *sui generis* se otorga al fabricante de la base de datos la facultad de prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta. Tal derecho, que podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual<sup>1626</sup>, se aplicará con independencia de la

---

<sup>1624</sup> Tal diferencia justifica la modificación del título del Libro II, que pasa de “De los otros derechos de propiedad intelectual” a “De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos” y la no aplicación subsidiaria de las disposiciones contenidas en el Libro I, tal y como sí ocurre en relación con los “otros derechos de la propiedad intelectual”.

<sup>1625</sup> Art. 133.1 LPI.

<sup>1626</sup> Art. 133.1.II LPI.

posibilidad de que dicha base de datos o su contenido estén protegidos por el derecho de autor o por otros derechos<sup>1627</sup>.

La definición de extracción y de reutilización sigue de manera *cuasi* literal el enunciado de la DBD. Según lo dispuesto en el art. 135.3 letra *b)*, se entenderá por extracción la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice. La reutilización se define, en la letra *c)* del citado artículo, como toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias en forma de venta u otra transferencia de su propiedad o por alquiler, o mediante transmisión en línea o en otras formas. Como indicamos al afrontar el estudio de la DBD, ambos derechos —enunciados de manera amplia— se corresponderían a los tradicionales de reproducción y comunicación-distribución pública de la obra<sup>1628</sup>.

## B. Límites a las facultades de explotación

El derecho *sui generis* recae, por tanto, sobre la totalidad o una parte sustancial del contenido de la base de datos<sup>1629</sup>. La utilización de “partes no sustanciales” queda fuera del alcance de las facultades de prohibición, si bien, *ex art.* 133.2 LPI —en correlación con lo dispuesto por el art. 7.5 de la DBD— no estarán autorizadas la extracción y/o reutilización repetidas o sistemáticas de partes no sustanciales del contenido de una base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante. Cualquier usuario puede en consecuencia, sin infringir el derecho *sui generis*, extraer y/o reutilizar contenidos de una base de datos, independientemente de los fines que persiga —entre los que se admiten los puramente comerciales y, por supuesto, los educativos—, si el uso se refiere a partes no sustanciales de la base y no tiene como consecuencia alguno de los

---

<sup>1627</sup> Cfr. art. 137 LPI.

<sup>1628</sup> *Supra*, Capítulo 2 apartado II.2.3.A1.

<sup>1629</sup> Sobre el concepto de parte sustancial, *vid. supra*, Capítulo 2.II.2.3.A2.

efectos contemplados en el art. 133.2 *in fine* —similares a los previstos en el test en tres pasos—. Nótese que las extracciones repetidas y sistemáticas no están *per se* prohibidas: su ilicitud sólo podrá apreciarse cuando de manera efectiva representen un perjuicio a la inversión<sup>1630</sup>.

El art. 8 de la DBD —relativo a los derechos y obligaciones del usuario legítimo— encuentra su reflejo en el art. 134 LPI que contempla la obligación del fabricante de no impedir la extracción o reutilización de partes no sustanciales de la base por el usuario legítimo, declarando, según lo exigido en el art. 15 de la norma comunitaria, la naturaleza imperativa de tal obligación. Asimismo dispone que el usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, no podrá efectuar los actos que sean contrarios a una explotación normal de la misma o lesionen injustificadamente los intereses legítimos del fabricante de la base, así como los que perjudiquen al titular de un derecho de autor o de derechos afines que afecten a obras o prestaciones contenidas en dicha base.

### C. Las excepciones al derecho *sui generis*.

Las excepciones al derecho *sui generis* se contemplan en el art. 135 de la LPI:

- “1. El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, en los siguientes casos:
- a) Cuando se trate de una extracción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica.
  - b) Cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente.
  - c) Cuando se trate de una extracción y/o reutilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial.”

---

<sup>1630</sup> Vid. la STJCE, de 9 de noviembre de 2004, Asunto *The British Horseracing Board y otros*, cuyos argumentos se reproducen *ut supra* Capítulo 2.II.2.3.A2.

Al igual que en el caso del derecho de propiedad intelectual, el legislador restringe a tres las posibles excepciones al derecho *sui generis*: la extracción para fines privados para el caso de bases de datos no electrónicas, la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, y la extracción y/o reutilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo. Al margen quedan pues los límites tradicionales referidos al derecho de cita, la parodia, la información, etc., aspecto criticado, con razón, por la doctrina<sup>1631</sup>.

La primera nota a tener en cuenta es que, al igual que en la DBD, las excepciones al derecho *sui generis* se establecen a favor del usuario legítimo. Se plantean de nuevo los interrogantes discutidos en el apartado II.2.3.B3 del Capítulo 2.

La alusión al usuario legítimo aparece, además, en otras disposiciones de la LPI: en el art. 34.1 —relativo a la utilización de bases de datos por

---

<sup>1631</sup> En nuestro derecho, S. CÁMARA que, en un artículo publicado en 1999, «El nuevo derecho *sui generis*...», se afana en salvar la aplicación de las limitaciones tradicionales al derecho *sui generis*, aunque él mismo es consciente de las flaquezas de la teoría expuesta, que, por otro lado, relega a un pie de página en el trabajo citado y de la que parece desvincularse en un trabajo posterior. *Vid. supra* nota 1600. De acuerdo con tal pie de página: «Acaso podría argumentarse (con el telón de fondo del derecho fundamental a la libertad de información), con una interpretación sistemática de la LPI, la existencia de una excepción limitada a favor de las informaciones de actualidad [...] con fundamento en los arts. 33.1 y 35.1 LPI; el derecho de cita del art. 32 LPI; y la libre reproducción y préstamo sin fin lucrativo de determinadas instituciones como museos, bibliotecas, etc, del art. 37 LPI; pues todos estos límites están incluidos en el cap. II del tit. III, Libro I de la LPI y son aplicables a todas las obras, entre las que se encuentran las bases de datos, las cuales, además, tienen sus excepciones específicas. Como apoyo, la regla de salvaguardia de aplicación de otras disposiciones legales de los arts. 40 y 137 LPI. Y, dado el necesario paralelismo en las excepciones entre derecho de autor y derecho *sui generis*, dichas excepciones se aplicarían también a éste, siempre con respecto a la explotación normal de la base y a no causar un perjuicio injustificado a su titular (arts. 135.2, 134.2 y 40 *bis* LPI). Pero esta forma de discurrir presenta demasiados francos débiles, empezando por la interpretación de estos últimos artículos (que, si resultan restringidos, al ampliar dichas excepciones, dejan perfilado un derecho *sui generis* más débil del perseguido por la Directiva), y acabando por la ausencia de un sencillo reenvío a las excepciones citadas (arts. 33, 32, 35 y 37 LPI), como el que sí efectúa expresamente el art. 34.2 al art. 34.1 [...], además de otras consideraciones en las que no procede extenderse. En definitiva, las escasas excepciones legales al derecho *sui generis* pueden constituir un peligro para la difusión informativa». *Op. cit.*, p. 97, nota 234.

el usuario legítimo—<sup>1632</sup> y en el art. 100 —sobre “los límites a los derechos de explotación” para los programas de ordenador—<sup>1633</sup>. Al

---

<sup>1632</sup> Reproducido supra, apartado 3.1.A.

<sup>1633</sup> “Límites a los derechos de explotación.

1. No necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta.

2. La realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización.

3. El usuario legítimo de la copia de un programa estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer.

4. El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo.

5. No será necesaria la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma en el sentido de los párrafos a y b del artículo 99 de la presente Ley, sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que tales actos sean realizados por el usuario legítimo o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa, o, en su nombre, por parte de una persona debidamente autorizada.

2. Que la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente y de manera fácil y rápida, a disposición de las personas a que se refiere el párrafo anterior.

3. Que dichos actos se limiten a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad.

6. La excepción contemplada en el apartado 5 de este artículo será aplicable siempre que la información así obtenida:

1. Se utilice únicamente para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.

2. Sólo se comunique a terceros cuando sea necesario para la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.

3. No se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.

7. Las disposiciones contenidas en los apartados 5 y 6 del presente artículo no podrán interpretarse de manera que permitan que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático.”

comentar la exigencia relativa al usuario legítimo en las disposiciones citadas, se reproducen en la doctrina española argumentos similares a los estudiados en relación con la DBD<sup>1634</sup>. Se refieren al concepto de “licenciatario” o cesionario M. A. BOUZA —si bien con ciertas vacilaciones<sup>1635</sup>— o MESSÍA DE LA CERDA<sup>1636</sup>, entre otros. También F. BONDÍA llega a una conclusión similar al analizar el art. 100 de la Ley<sup>1637</sup>.

---

<sup>1634</sup> Vid. supra Capítulo 2, apartado II.2.3.B3.

<sup>1635</sup> Así, comentando tal requisito en el art. 9 DBD, entiende que el usuario legítimo es «la persona autorizada por el titular para usar la base», *El derecho sui generis...*, (2001), p. 95. Aunque, posteriormente, al interpretar el art. 135 LPI califica de usuario legítimo a «toda persona que pueda usar la base conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Así por ejemplo no será usuario legítimo el depositario al que se le ha negado el derecho a usar los objetos depositados, tampoco una persona que adquiere una copia de una base de datos de quien no tiene la propiedad y tampoco la persona que ha sido autorizada a usar la base por quien no tiene tan derecho.» Op. cit. p. 221. El autor es especialmente crítico en lo que respecta a tal exigencia para las limitaciones relativas a los procedimientos públicos: «En relación con la legitimación nos parece excesiva la exigencia de un usuario legítimo cuando las extracciones o reutilizaciones tengan como fin la seguridad pública o su utilización en un procedimiento administrativo o judicial», en *El derecho sui generis...*, (2001), p. 95; léanse igualmente las consideraciones vertidas en las pp. 221-222.

<sup>1636</sup> En «Elementos personales del derecho sui generis», (2005), Id. Vlex: VLEX-MR508, donde al analizar “los sujetos pasivos del derecho *sui generis*” declara: «la causa de la legitimidad del usuario procede del titular de los derechos de autor sobre la base. Es decir, la posición del usuario legítimo posee carácter derivativo, ya sea porque se ha producido una transmisión directa y efectiva del titular del derecho mencionado al usuario, ya sea porque el primero ha posibilitado el acceso generalizado, legitimando así a un número indefinido de usuarios. De esta forma, idéntica legitimidad posee el usuario que ha adquirido una copia de la base de datos de forma individual, mediante el pago de su valor al obtener el soporte físico que contiene la base, que aquél que ha accedido a una página en la gratuitamente se pone a disposición del público otra base de datos. En definitiva, la legitimidad del uso la proporciona el autor o titular de dicho derecho mediante la realización de un acto de cesión, ya sea o no onerosa.» No obstante, cabe observar que un poco más adelante, al analizar ya de manera específica el art. 135, el autor rebaja las exigencias citadas: «se observa de forma clara que la legitimidad del usuario deriva de las facultades que le otorga en virtud de la relación contractual que mantiene con aquel, fuera claro está de las excepciones establecidas en la ley» Es más, el autor entiende que «parece que no se pueda aplicar la misma solución a todos los supuestos exceptuados por el art. 135. Así por ejemplo, no parece razonable el mismo grado de legitimidad en los casos de extracción para fines privados que en el supuesto de que se necesite para fines de un proceso judicial. Las diferentes naturalezas de los intereses en juego, público y privado, justifican que en el segundo caso debiera relajarse la exigencia propuesta»; en J. A. MESSÍA DE LA CERDA, «Contenido y límites del derecho sui generis», (2005). Id. vLex: VLEX-MU508.

<sup>1637</sup> «Usuario legítimo será la persona que tiene derecho a utilizar el programa [...] bien en virtud de un acto de distribución que necesariamente implique la cesión del derecho de uso



Comentando este último artículo, E. GALÁN considera que usuario legítimo será el adquirente: todo aquel que utilice el programa en virtud de un título legítimo de adquisición<sup>1638</sup>. Un paso más avanza R. BERCOVITZ al referirse al acceso legítimo<sup>1639</sup>. F. CARBAJO esgrime un concepto ciertamente amplio de usuario legítimo al concluir que será usuario legítimo todo aquel que adquiriera por cualquier título lícito —incluido el fundado en una excepción legal a los derechos exclusivos— el derecho a usar temporal o permanentemente una copia tangible o intangible de una obra o prestación<sup>1640</sup>. Como concluimos al comentar la DBD<sup>1641</sup>, consideramos que usuario legítimo es aquel que para acceder a la obra no comete ningún acto prohibido por el ordenamiento. Esta interpretación está además en la línea de otras exigencias requeridas en la LPI relativas a las limitaciones. Así, la condición del acceso legal contemplada tanto para la limitación de copia privada como para aplicación del régimen especial relativo a la interacción entre limitaciones y medidas tecnológicas de protección<sup>1642</sup>.

Ya para cerrar la referencia al régimen general de limitaciones al derecho *sui generis*, ha de comentarse que, a diferencia de la DBD, el legislador español recoge de manera explícita el test en tres pasos<sup>1643</sup>, en el apartado 2 del artículo 135 LPI:

“Las disposiciones del apartado anterior no podrán interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal del objeto protegido.”

---

(alquiler o préstamo), bien como consecuencia de la adquisición mediante compraventa u otro título de enajenación de la propiedad plena de una copia del programa, o bien a raíz de una cesión expresa del derecho de uso cuando el título que da origen a la adquisición del soporte no implica una cesión de uso del mismo. De este último requisito se desprende que no todo poseedor legítimo de un ejemplar del programa tiene derecho a utilizarlo. Por tanto aunque normalmente coinciden las expresiones “adquirente legítimo” y “usuario legítimo” no siempre será así.» F. BONDÍA, «Artículo 100», (1997), p. 378.

<sup>1638</sup> E. GALÁN, «Artículo 5. Excepciones a los actos sujetos a restricciones», (1995), p. 303.

<sup>1639</sup> R. BERCOVITZ, «La protección jurídica de las bases...», (1999), p. 49.

<sup>1640</sup> F. CARBAJO, *Publicaciones electrónicas...*, (2002), pp. 271-275.

<sup>1641</sup> *Supra* Capítulo 2, apartado II.2.3.B3 *in fine*.

<sup>1642</sup> *Vid. supra* apartado I.3 y nota 1003.

<sup>1643</sup> Sobre la interpretación del test en tres pasos véase el apartado II.1.C del Capítulo 2.

#### 4.2 La excepción con fines de enseñanza

El art. 135.1, contempla en su letra *b*) la excepción con fines de enseñanza:

“El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, en los siguientes casos:

b) Cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente.”

##### A. Obras afectadas

La limitación afecta a las bases de datos susceptibles de protección por el derecho *sui generis*: es decir, sólo aquellas que respondan al criterio de la inversión sustancial.

Una interpretación literal del precepto parece apuntar a la imposibilidad de realizar la extracción —en términos de reproducción—de la totalidad de la base de datos<sup>1644</sup>. En efecto, el art. 135.1 LPI —como el art. 9 DBD— se refiere a la extracción y/o reutilización de *una parte sustancial* del contenido de la misma. No obstante, téngase en cuenta que la referencia a *una* parte sustancial, no parece, sin embargo, conforme al espíritu de las restantes limitaciones previstas en el precepto —en especial con la referida en el punto *c*)—, por tanto, creemos que no debe interpretarse en sentido estricto y que en determinados casos podría resultar lícita la utilización de la totalidad de la base de datos.

##### B. Derechos afectados. Sólo extracción

Al igual que la DBD, el legislador español limita los actos autorizados a la extracción, lo cual no tiene sentido alguno ya que, en la mayor parte de los casos, para ejercer la ilustración de la enseñanza será necesaria una utilización ulterior de la parte “extraída”, mediante su

---

<sup>1644</sup> Tal y como entiende M. A. BOUZA, *El derecho sui generis...*, (2001), p. 230.

comunicación, distribución o puesta a disposición —actos que, según hemos concluido, se corresponden con la definición de la facultad del fabricante de prohibir la reutilización—<sup>1645</sup>. Tal restricción se nos antoja insuficiente para dar cumplimiento a los fines a los que se adscribe la limitación<sup>1646</sup> amén de injustificada<sup>1647</sup>.

### C. Beneficiarios

La única restricción que contempla el precepto desde el punto de vista subjetivo es la relativa al usuario legítimo (*vid. supra* apartado 4.1.C). Por otro lado, ha de apuntarse que legislador no ha hecho uso de la posibilidad otorgada por el Considerando 51 DBD de restringir el ámbito subjetivo de la excepción a una categoría determinada de establecimientos<sup>1648</sup>, por lo que, al igual que sosteníamos en relación con el régimen de las bases de datos, cualquiera, independientemente de la institución a la que pertenezca o esté vinculado, puede ser potencial beneficiario de la excepción —siempre, eso sí, que la extracción o la actividad en la que se lleve a cabo la enseñanza no persiga un objetivo comercial—. Ni siquiera, tal y como estimamos para las bases de datos, ha de exigirse que el beneficiario de la limitación deba pertenecer a una institución educativa. Ese “cualquiera” se extiende igualmente a los alumnos, estudiantes o terceros que realicen los actos autorizados. No obstante, dada la angostura del límite —que no autoriza la reutilización—, tales apreciaciones pueden ser irrelevantes.

### D. La divulgación de la base de datos y la mención de la fuente

El disfrute de la limitación se condiciona a que la obra haya sido puesta a disposición del público, lo que entendemos ha de interpretarse en sentido similar al concepto tradicional de divulgación en sede de

---

<sup>1645</sup> En sentido similar R. CASAS, «Spain», (2003), p. 199.

<sup>1646</sup> S. CÁMARA, «El nuevo derecho sui generis...», (1999), p. 97, nota 232 *in fine*.

<sup>1647</sup> Algunos autores, al comentar el citado requisito respecto a la DBD entienden que la exclusión se debe a las connotaciones claramente comerciales de la reutilización de la obra, (*vid. supra* Capítulo 2, apartado II.2.3.C1), aunque, como en su momento advertimos, tales connotaciones se han desvanecido con la evolución padecida por el derecho *sui generis* a lo largo de los diferentes textos preliminares.

<sup>1648</sup> S. CÁMARA, «El nuevo derecho sui generis...», (1999), p. 97, nota 231.

derechos de autor<sup>1649</sup>. Además, el art. 135 LPI exige igualmente la mención a la fuente.

#### 4.3 Conclusiones respecto al derecho *sui generis*

De acuerdo con lo visto no parece que la excepción prevista para el derecho *sui generis* vaya a tener demasiada utilidad para legitimar, sin que medie la autorización del titular, la utilización de la base de datos con fines docentes. El hecho de que sólo se autoricen los actos de extracción —y no la “reutilización”— dificulta su aplicación a supuestos en los que las obras puedan, por ejemplo, utilizarse en el aula. De mayor interés será para los enseñantes y alumnos la posibilidad de extraer y (re)utilizar partes “no sustanciales” de la base, siempre que ello no se realice de manera repetida y sistemática y no suponga un perjuicio a la inversión. Conforme a lo dicho y a mero título de ejemplo, se podrá realizar, sin vulnerar el derecho *sui generis*, una colección o base de datos didáctica a partir de sustracciones no sustanciales de una base de datos, siempre que sus elementos o la base en sí misma no estén protegidos por el derecho de autor. Si lo estuvieran habría que acogerse a alguno de los límites de la LPI —y tengamos en cuenta que el art. 32.2 no se aplica a la realización de colecciones (*ex. art. 32.2.2*<sup>1650</sup>)— o, en su caso, requerir la autorización de los correspondientes titulares de derechos.

---

<sup>1649</sup> M. A. BOUZA, *El derecho sui generis...*, (2001), p. 222.

<sup>1650</sup> Al respecto *vid. supra* apartado II.9.

## CONCLUSIONES

### I

La utilización de obras protegidas en actividades de enseñanza es un elemento indispensable para el buen desarrollo de tales actividades. El recurso a la utilización de obras de terceros es relevante tanto para los profesores, que a menudo se servirán de las mismas para apoyar sus tareas de instrucción, como para los alumnos, que también recurrirán a las obras protegidas para ilustrar su aprendizaje. La aplicación de los derechos de propiedad intelectual puede llegar a configurarse como un obstáculo a las utilidades citadas. La preceptiva autorización del titular de derechos puede representar, dependiendo de los casos, una exigencia desorbitada e injustificada (p. ej. cuando la utilización es realmente inofensiva o responde al ejercicio de derechos y libertades fundamentales —p. ej. la libertad de expresión—) o, incluso, de improbable cumplimiento (bien por no existir un sistema efectivo y suficientemente desarrollado de licencias educativas para todo tipo de utilidades y respecto a todo tipo de obras, bien por resultar en extremo difícil proceder al control de las utilidades realizadas). La importancia de los intereses públicos y privados que subyacen a las utilidades de las obras protegidas en entornos educativos justifica la existencia de limitaciones al derecho de propiedad intelectual.

La nueva limitación de “ilustración de la enseñanza” incorporada en la LPI por la Ley 23/2006 complementa, junto con las limitaciones ya preexistentes de la cita con fines docentes y de la ilustración a la enseñanza prevista para las bases de datos, el marco normativo, excepcional, para las utilidades realizadas en entornos educativos. El legislador, al establecer tal regulación, ha seguido un modelo de “blanco o negro”: o mantener el régimen general de propiedad intelectual —vigencia absoluta de las prerrogativas otorgadas a los autores— o implementar una excepción —autorizar determinadas utilidades que podrán realizarse *de forma gratuita*—.

Este modelo, que no admite zonas grises, ha forzado la incorporación en las excepciones de no pocas restricciones que perfilan, para las

limitaciones docentes, un ámbito de aplicación en exceso restringido. Si nos centramos en la nueva limitación contemplada en el art. 32.2 LPI, que es por excelencia la limitación docente española y la que parece destinada a ser la más utilizada en la práctica, nos encontramos con que las actividades autorizadas por el precepto no amparan las utilidades realizadas por los alumnos y que sólo podrán invocarse en el marco de la enseñanza reglada. Además, se impide la utilización de manuales universitarios y libros de texto y se prohíbe la elaboración de compilaciones. En todo caso, con exclusión de las obras de carácter plástico o fotográfico figurativo, sólo podrán utilizarse pequeños fragmentos. La exigencia de que la ilustración de las actividades educativas se realice en las aulas plantea de manera innecesaria algunas dudas respecto a la aplicación de la limitación a la enseñanza en línea. Y, ya por último, la restricción relativa a la finalidad no comercial dificulta la utilización de las obras protegidas en actividades educativas que persigan, en sí mismas, un fin lucrativo. Resulta por tanto discutible que, como se sugiere en el Preámbulo de la Ley 23/2006, la limitación responda una adecuada ponderación de los intereses en juego y, sobre todo, que realmente permita o mejore el desarrollo de la actividad educativa. Por otro lado, la aplicación de las restantes limitaciones docentes se configura como residual, admitiendo, en el caso la cita, usos que no revisten demasiada importancia y, en el de las excepciones relativas a las bases de datos, supuestos de escasa relevancia práctica.

La consecuencia de la implementación de este modelo es que utilidades docentes —absolutamente deseables— no se pueden llevarse a cabo sin vulnerar el derecho de propiedad intelectual. Ante el restringido ámbito de aplicación de las limitaciones y la ineficiencia del mercado de licencias, los discentes y docentes se verán en la disyuntiva de no utilizar obras protegidas o de utilizarlas con el riesgo de enfrentarse a una reclamación.

Además de adoptar las limitaciones docentes bajo la forma de excepción, se podría haber acudido a otras técnicas de restricción más respetuosas con los intereses legítimos de los titulares de derechos: a saber, las licencias no voluntarias o la gestión colectiva no voluntaria. A

diferencia de las excepciones, que autorizan una utilización gratuita de las obras, las licencias no voluntarias (legales u obligatorias) establecen el derecho del titular a una remuneración. En las licencias legales el legislador autoriza el uso estableciendo él mismo la cuantía —o los criterios a tener en cuenta para su determinación— o remitiendo su fijación a una autoridad independiente. En las licencias obligatorias se establece una verdadera obligación de contratar, permitiéndose que algunas de las condiciones de la licencia y, en su caso, el precio, sea libremente negociada entre las partes. La gestión colectiva obligatoria impone que la administración de los derechos sea ejercida a través de una entidad de gestión. Y, ya por último, las licencias colectivas ampliadas son licencias otorgadas por una entidad de gestión suficientemente representativa cuyo alcance se extiende, por ley, a las obras de la categoría de las gestionadas por la entidad, incluso cuando los correspondientes titulares de derechos no sean miembros de la misma. No obstante, los titulares de pueden expresar su renuncia a participar en el sistema. Las licencias colectivas ampliadas representan, por tanto, la forma menos intensa de restricción.

## II

Los modelos citados son compatibles con las exigencias derivadas de la aplicación del Derecho convencional y comunitario en la materia. Tanto el Convenio de Berna —y por la vía de la remisión los ADPICs y los Tratados de internet— como las Directivas comunitarias aplicables en este ámbito—la DDASI y, respecto a las bases de datos, la DBD— autorizan la incorporación o, en su caso, el mantenimiento de limitaciones con fines educativos en el ordenamiento interno de los Estados miembros. El régimen previsto en los ordenamientos citados parte del establecimiento de una limitación con fines de ilustración a la enseñanza —en el caso del CB, el art. 10.2 y, en de la DDASI, el art. 5.3 a)— que se complementa con otras disposiciones que perfilan el abanico de posibilidades que tienen los Estados a la hora de configurar sus limitaciones docentes.

Así, el Convenio, además del art. 10.2, contempla en su Anexo un régimen específico de licencias no voluntarias para las utilidades con fines de enseñanza en los países en vías de desarrollo. Estas licencias, sin perjuicio de poner de manifiesto la naturaleza relativa de las limitaciones al realizar una discriminación de la regulación en función de las necesidades de determinados usuarios, incorporan algunas características de interés que, posteriormente, han sido incorporadas en limitaciones docentes contempladas en el régimen interno de diferentes países. Entre ellas:

- Su *aplicación subsidiaria*: las licencias obligatorias sólo podrán concederse cuando el titular de derechos *no* ha procedido a la explotación amparada por la licencia, exigiéndose, en el caso de las licencias de reproducción, que de haberse procedido a la explotación los ejemplares se hayan puesto a la venta a *precios comparables* a los que normalmente se establecen para obras similares en el país beneficiario de la licencia.

- La exigencia de determinadas *obligaciones de información y plazos de gracia* previos al otorgamiento de la licencia, que permiten al titular de derechos tantear las posibilidades de la obra en el mercado. El solicitante debe poner todos los medios a su alcance para advertir al titular que pretende proceder a la explotación, disfrutando este último de un plazo para decidir si procede o no a la misma; sin perjuicio, además, de la terminación de la licencia obligatoria en el momento en el que el titular decida explotar la obra en el mercado de referencia a precios comparables a los que se establecen para los ejemplares publicados al amparo de la licencia.

- O la previsión de que las licencias se otorguen contra *remuneración equitativa*.

Pero además, en el Convenio de Berna —al igual que en los ADPICs y en los Tratados de Internet— se observa otra disposición que, independientemente del art. 10.2 y del Anexo, podrá ser invocada por los Estados a la hora de configurar sus limitaciones educativas. Se trata del art. 9.2 que incorpora el test en tres pasos en el texto convencional. Los Estados parte podrán, en determinados casos especiales,



contemplar limitaciones a las facultades de los autores si éstas no atentan a la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. La citada disposición, y muy especialmente el tercero de los criterios, es una importante herramienta en manos del legislador nacional para afinar el equilibrio de intereses y modelar la configuración de las limitaciones. Son precisamente los criterios delimitados en el test en tres pasos los que han llevado a la incorporación en algunos ordenamientos internos de diferentes requisitos que mantienen “a raya” las limitaciones. Así las restricciones relativas a las obras de naturaleza didáctica —por afectar a la explotación normal de la obra— o la determinación de la aplicación subsidiaria de la limitación cuando el titular de derechos garantiza la utilización bajo condiciones razonables. Asimismo, la elección entre las diferentes técnicas de restricción —excepciones, licencias no voluntarias (legales u obligatorias) o sistemas de gestión colectiva no voluntaria (gestión colectiva obligatoria o licencias colectivas ampliadas)— se configura como un instrumento esencial para delimitar las disposiciones nacionales que se refieren a las utilidades de docentes. El legislador deberá elegir la técnica que, cumpliendo con los objetivos de la limitación, perjudique menos los intereses legítimos de los titulares de derechos.

También conforme a la DDASI los Estados miembros pueden acudir a diversas técnicas de restricción al regular sus limitaciones educativas. La norma permite, en primer lugar, que los Estados prevean “excepciones o limitaciones” a los derechos exclusivos con fines de ilustración de la enseñanza, siempre que se respete lo dispuesto en el art. 5.3 a) y en el art. 5.5 —que incorpora el test en tres pasos como requisito para todas y cada una de las limitaciones contempladas en el listado del art. 5—. El concepto de “excepciones y limitaciones” contemplado en la DDASI no abarca, sin embargo, todas las técnicas de restricción anteriormente anunciadas, sino sólo las que adopten la forma de utilidades gratuitas y las licencias no voluntarias (Considerando 18 DDASI). Ello implica que si los Estados miembros deciden —no olvidemos que la limitación es facultativa— implementar o mantener en sus ordenamientos internos limitaciones con fines de enseñanza, podrán no sólo acudir a las excepciones o licencias no

voluntarias —cumpliendo los requisitos exigidos en las disposiciones citadas—, sino también recurrir —con carácter exclusivo o en concurrencia con otras excepciones gratuitas y licencias definidas al amparo de los arts. 5.3 a) y 5.5— a la gestión no voluntaria, adoptando la forma de gestión colectiva obligatoria o de licencias colectivas ampliadas. En este último caso, el ámbito de aplicación de las limitaciones puede ser más amplio que requerido por el “tándem arts. 5.3 a)-5.5”.

Así, frente al modelo “blanco o negro”, se perfila una amplia gama de posibilidades para facilitar las utilizaciones docentes de obras protegidas en entornos educativos. Tales posibilidades han encontrado su eco en el Derecho comparado.

Algunos países, como en el caso español, han optado por el modelo menos sofisticado, limitándose a adoptar excepciones gratuitas, cuya aplicación —bien por la incorporación de restricciones excesivas (p. ej. EE.UU.), bien por lo exigido por el test en tres pasos— será necesariamente limitada. Otros —como Alemania o Bélgica— incluyen en sus ordenamientos internos una o varias licencias no voluntarias lo cual, en teoría, podría llevar implícito un ámbito de aplicación más amplio. Estas licencias pueden complementarse con excepciones que amparan usos realmente inofensivos (así en Australia) y que no generan, por tanto, una remuneración a favor del autor. La gestión colectiva obligatoria suele imponerse, con carácter general, en los casos de licencias no voluntarias, pero también puede adoptarse de manera aislada. Las licencias colectivas son muy utilizadas en los países nórdicos para amparar utilizaciones educativas. Es más, en Islandia y Noruega tales licencias se han extendido a las reproducciones digitales.

Sin perjuicio de la elección entre las diferentes técnicas de restricción, los Estados pueden disponer la aplicación subsidiaria de las limitaciones si se ha llegado a un acuerdo que permita la utilización de la obra en condiciones razonables —posibilidad sobre la que se pronuncia de manera favorable la interpretación del Considerando 45 DDASI—. Además de en el Anexo al CB, una posibilidad similar se contempla para las limitaciones docentes previstas en Reino Unido. La

configuración de la aplicación de determinadas limitaciones bajo un régimen subsidiario, al tiempo que posibilita las utilidades docentes, fomenta el desarrollo especializado de mercado de licencias que, en el caso de las utilidades docentes de la enseñanza en línea, se encuentra en un estado dinámico que se desarrolla a geometría variable.

### III

En el presente trabajo hemos defendido, dentro del escaso margen de flexibilidad que caracteriza al precepto, una interpretación no demasiado rigurosa de las restricciones incorporadas en el art. 32.2 LPI. En coherencia con las explicaciones esgrimidas en el Capítulo 1, relativas a la justificación del modelo normativo de la propiedad intelectual, y con las exigencias derivadas de la aplicación del paradigma de la esfera pública a la configuración del Derecho de propiedad intelectual, hemos elegido, de entre las interpretaciones barajadas para cada uno de los requisitos incorporados en la norma, aquellas que facilitan la utilización de las obras protegidas y respetan la protección de los intereses legítimos de los autores. En este sentido, y respecto de los requisitos más conflictivos, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- La limitación ampara los actos de explotación llevados a cabo por un tercero en nombre o por encargo del profesorado de educación reglada siempre que tales actos de explotación no persigan en sí mismos una finalidad comercial y se conciben como preparatorios para facilitar la ulterior explotación de la obra por el profesorado conforme a los restantes requisitos de la excepción. Estos actos de explotación preparatorios podrán ser llevados a cabo allá donde se encuentren los mecanismos técnicos que los hagan posibles —y no necesariamente en las aulas—.
- El concepto de enseñanza reglada ampara las enseñanzas impartidas en las universidades si conducen a la obtención de “títulos propios”.

- Es posible, si lo justifica la finalidad de ilustración de la enseñanza, proceder a la utilización íntegra de obras cortas o breves.
- El concepto de libros de texto y manuales universitarios abarca otras obras de naturaleza didáctica (p. ej. los cuadernos de ejercicios), así como obras en formato digital (e-books) o que no necesariamente son susceptibles de lectura (p. ej. los proyectos educativos multimedia).
- La limitación puede aplicarse a la enseñanza en línea, si bien la aplicación de la cláusula general (“en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida”) y, llegado el caso, del art. 40 bis, exige que se adopten mecanismos que, en la medida de lo posible, impidan una diseminación descontrolada de la obras a destinatarios no concernidos por la actividad enseñanza o su acceso durante un período de tiempo excesivo.

#### IV

Incluso admitiendo una interpretación como la apuntada, lo cierto es que el juego entre las limitaciones contempladas con fines docentes en nuestra LPI dista de dar solución a los obstáculos a los que se enfrentan alumnos, docentes e instituciones educativas a la hora de utilizar obras protegidas en actividades de enseñanza. De ahí que nos parezca oportuno incluir en las presentes conclusiones algunas consideraciones que pudieran mejorar la situación existente.

*De lege ferenda*, cabría plantearse, atendiendo a la libertad que otorga el abanico de posibilidades toleradas tanto por la normativa comunitaria como por la convencional, la reforma de la LPI y la opción por un modelo más sofisticado. Éste, en función de una distinción entre usos previamente definidos, debería autorizar determinadas utilidades docentes con carácter gratuito sometiendo las restantes a un régimen (o varios) de licencia no voluntaria, aplicables salvo en el caso de que se otorguen licencias contractuales para usos similares en “condiciones razonables”. Es decir, se podría optar por un modelo que se acoja a un

régimen diverso y, en lo que se refiere a la aplicación de las licencias no voluntarias, subsidiario. El control sobre la “razonabilidad de las licencias” habría de someterse a un organismo especializado en propiedad intelectual, como podría ser la Comisión de Propiedad Intelectual.

Como alternativa a las licencias no voluntarias, se podría arbitrar un sistema de licencias colectivas ampliadas, más respetuoso con los derechos de los autores, pero menos exigente con los intereses de los usuarios ya que no se garantiza el mismo nivel de accesibilidad y fomento de la discursividad que en el régimen propuesto en el párrafo anterior.

Tales licencias no voluntarias o, en su caso, las licencias colectivas ampliadas resultan especialmente idóneas para algunas de las utilidades llevadas a cabo en la enseñanza en línea (otras deberían seguir sometidas a un régimen gratuito) o para la elaboración de *crematías*, compilaciones o *course packs* de obras protegidas.

No obstante, parece poco probable que en la mente del legislador esté proceder a una reforma de la LPI en estos términos. Así que, *de lege lata*, se propone que para las utilidades no amparadas por las limitaciones de la LPI se fomente la conclusión, entre los titulares de derechos y los usuarios —incluyendo entre ellos las instituciones de educación no reglada—, de acuerdos sectoriales que, con un espíritu más ambicioso que el que ha caracterizado la iniciativa francesa de autorregulación, faciliten la utilización de obras protegidas en actividades de enseñanza bajo condiciones equitativas (para los titulares de derechos y para los usuarios). Dichos acuerdos, promovidos por las Administraciones competentes, sólo podrían afectar a aquellas obras respecto de las cuales los autores han encomendado previamente la gestión de derechos. Además, resultaría deseable que, en relación con las disputas suscitadas respecto a la aplicación de los mismos, se recurriera a un sistema alternativo de resolución de conflictos.



---

## CONCLUSIONS

### I

The use of copyrighted works is an essential tool for carrying out teaching activities. It is relevant for both teachers, who very often use them to support their instructional tasks, and students, who also make use of them to illustrate their learning. The mandatory authorisation of the copyright holder may represent, in some cases, an exorbitant and unjustified demand (e. g. when the use is really inoffensive or responds to the exercise of fundamental rights and freedoms) or even an unenforceable requirement (either because there is no effective and sufficiently developed market for educational licences related to any kind of work and use, or because it is extremely difficult to control the actual utilisation of the work). The recognition of the private and public interests in the use of copyrighted works for educational purposes justifies the “teaching” limitations on copyright.

The new limitation of “illustration for teaching” recently incorporated in the Spanish Copyright Law (LPI) by the Law 23/2006, complements, together with the pre-existing limitations (the quotation right “for teaching purposes” and the databases exceptions for “illustration for teaching”), the “exceptional” legal framework for utilisations performed in educational activities. The Spanish legislator, when establishing this regulation, has followed a “black or white” scheme: either to apply the general copyright regime—all the prerogatives granted to rightholders remain in force—or to implement an exception—to accept some waivers on a free basis—.

This scheme, with no grey areas, has resulted in the incorporation of many requirements which outline an over restrictive scope for teaching limitations. Focusing on the limitation established in art. 32.2 LPI, the “par excellence” Spanish teaching limitation and the one made to be the most used in practice, this limited scope is more than clear. Nor students neither non-formal education activities are covered by the limitation. In addition, “university handbooks” (manuales universitarios) and “school books” (libros de texto) are out of the

exception. The making of collections (course packs) is explicitly prohibited. Moreover, except for works of fine arts, it is only possible to use “small fragments” of the work. On the other hand, the fact that the illustration of teaching activities must be performed “in the classroom” (aula) poses unnecessary doubts in relation to the application of the limitation to on line education. And last but not least, the restriction related to the non commercial purpose hinders the use of protected work in for-profit educational activities. Therefore, it is debatable if, as suggested in the Preamble of the Law 23/2006, the new limitation preserves an adequate balance of interests and, over all, if it actually permits or facilitates the development of teaching activities. On the other hand, the application of the remaining teaching limitations is residual. The uses admitted under the quotation limitation do not assume a lot of importance, as well as those covered by the databases exceptions, which seem to hardly have practical relevance.

The consequence of this “white or black” scheme is that many teaching uses —absolutely desirable— cannot be performed without infringing the copyright. Due to the restrictive scope of the limitations and the inefficiencies of licences market, students and teachers will have to choose between not using the work or using them but at the risk of facing a claim.

Apart from adopting an exception, other “restriction techniques” (less harmful to the interests of rightholders) could have been applied: thus, the non voluntary licences or the non voluntary collective management systems. Unlikely exceptions (which authorise the free use of the work), the non voluntary licences (statutory or compulsory) grants a right to remuneration. By means of statutory licences, the legislator authorises the use establishing itself the remuneration —or the criteria to take into account for its determination— or entrusting it to a third party. By means of compulsory licences, an “obligation to contract” is imposed, but some of the conditions of the licence and, eventually, the remuneration, may be freely negotiated between the parties. Mandatory collective management requires the exercise of rights by a collective management organisation. Finally, extended collective licences are licences granted by a collective organisation being sufficiently



representative. These licences reach all the works belonging to the category referred to in the licence, even if the corresponding rightholders are not members of the organisation. Nevertheless, rightholders can opt out from participating in the system. The extended collective licences represent, therefore, the least intense restriction “technique”.

## II

The mentioned techniques are compatible with the requirements derived from International and European Law. Both the Berne Convention (BC) —as well as, by reference, the TRIPS and the WIPO Internet Treaties— and the European copyright rules on the matter —the Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (DDASI) and the Directive 96/9/EC on the legal protection of databases— allow Member States to provide for teaching limitations in their national law. The legal framework in the BC and DDASI contain a specific provision permitting limitations for teaching purposes —art. 10.2, in the BC, and art. 5.3 a) in the DDASI— complemented by other provisions setting the range of possibilities to Member States to establish their teaching limitations.

Thus, the BC, in addition to art. 10.2, foresees in its Annex a specific legal regime of non voluntary licences for teaching uses in developing countries. These licences make clear the relative nature of limitations when making a discrimination of legal regulations based on the needs of certain beneficiaries. But more importantly, they incorporate some characteristics of remarkable interest which, later on, have been adopted in national regulations. Thus:

- Its *subsidiarity*: compulsory licences shall be granted just when the rightholder has not proceeded to the specific exploitation covered by the licence. Additionally, in the case of reproduction licences copies must have not been distributed at a comparable price (meaning what is normally charged in the country for similar works).

- The obligation to comply with *information duties* and to respect *grace periods* before granting the licence, thus permitting the rightholders to test the market. The applicant must do her/his best to inform the rightholder about her/his intention to exploit the work, who will be given a period of time to decide if she/he does it or not. Furthermore, the Appendix states the termination of the licences when the rightholder exploits the work in the market of reference at a “comparable price”.
- Or the fact that licences must be granted against a “just compensation”.

Furthermore, in the Berne Convention there is another provision that, independently from art. 10.2 and the Appendix, may be invoked by the States to configure their teaching limitations: the art. 9.2, embracing the three step test. The Contracting Parties are allowed, in certain special cases, to provide for limitations if they do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. This provision, and specially the third criterion, is an inestimable tool to adjust the balance of interests and to shape the limitations. In fact, the criteria of the three step test have led to the incorporation in some national laws of different requirements which keep “at bay” the limitations. Thus, those restrictions related to works of didactic nature —because their use likely conflicts with the normal exploitation of the work— or those requirements stating the subsidiary application of limitations if a voluntary licence, under reasonable terms, is provided. Likewise, the choice among different restriction techniques —exceptions, non voluntary licences (statutory or compulsory) or non voluntary collective management systems (mandatory collective management or extended collective licences)— represents an essential instrument to configure the national regulations on this matter. The legislator might opt by the restriction technique that, respecting the rationalities of the limitation, is less harmful to the legitimate interests of the rightholders.

In conformity with the Directive DDASI, Member States may also turn to different restriction techniques to implement limitations for the

purpose of education or teaching. Firstly, the European Directive allows Member States to provide for “exceptions or limitations” for the sole purpose of illustration for teaching, if they comply with the requirements of art. 5.3 a) and 5.5 —incorporating the three step test for all the limitations contained in art. 5—. The concept of “exceptions and limitations” as considered in the DDASI does not include, however, all the restriction techniques mentioned above, but only exceptions and non voluntary licences (Recital 18). It means that if Member States decide to implement or maintain in their national law teaching limitations, they could not only turn to exceptions and non voluntary licences —and then observe all the requirements provided by art. 5.3 a) and art. 5.5.—, but they could also adopt —on exclusive basis or in combination with other exceptions or licences defined under art. 5— non voluntary collective management systems (either mandatory collective management or extended collective licences).

In contrast with the “black or white” scheme, a wide range of possibilities to facilitate teaching uses of copyrighted works in educational contexts is outlined. Such possibilities have found their echo in comparative law.

Some national laws, as the Spanish one, respond to a less sophisticated model: they have just adopted exceptions, whose application —due to either the severe restrictions incorporated in the corresponding provisions (e. g. in US) or the demands of the three step test— should be limited. Others (as the Belgium or the German ones) include in their internal regulations one or several non voluntary licences that, theoretically, should imply a wider scope of application. These licences may be complemented by exceptions related to inoffensive uses (e. g. in the Australian Copyright Law) which do not generate any remuneration for the author. Mandatory collective management is frequently applied to non voluntary licences, but it also may be used on independent basis. Extended collective licences are very used in the Nordic countries in relation to educational uses. Moreover, in Iceland and Norway these licences have been extended to cover digital reproductions.

Without disregarding these different restriction techniques, national regulations may also state the subsidiary application of limitations if a fair compensation and the purpose of the limitation is granted by a contractual agreement —possibility which deserves the approval of the DDASI (Recital 45)—. A similar possibility has been granted by the Appendix to the Berne Convention and by the teaching limitations scheme in United Kingdom. This option, apart from making possible a wider range of teaching uses, fosters the development of specialised markets —which, in the case of educative licences for on line uses is still under development—.

### III

In this thesis a non rigorous interpretation of the restrictions required by art. 32.2 LPI (in the narrow leeway for flexibility given by the provision) is defended. This interpretation is based on the arguments given in Chapter 1, related to the justification of the normative model of copyright, and on the demands derived from the application of the sphere public paradigm to Copyright Law. According to these premises, among different interpretations for the several requirements incorporated in the provision, those facilitating the use of copyrighted work while respecting the protection of the interests of rightholders have been chosen. In this sense, and in relation to the most controversial ones, the following conclusions have been reached:

- The limitation covers the preparatory exploitation acts performed by a third party on behalf or at the request of formal education teachers, always if these acts pursue non commercial purposes and they are conceived as preparatory for the further educational exploitation of the work by the teacher according to the remaining requirements of art. 32.2 LPI. These preparatory acts can be performed where the technical means are available and not necessarily in the classroom.
- The term “official/formal education” covers the education delivered at universities aiming at issuing a degree recognised by the competent body.

- It is possible, if justified by the non commercial purpose of the activity, to use the integral part of short or small works.
- The terms “schoolbooks” and “university handbooks” include other works of didactic nature (for example: exercise books), as well as works not necessarily in printed form (e-books) or in a form susceptible of “reading” (thus multimedia educational projects).
- The limitation may be applied to on line teaching but then the general clause (to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved) and, eventually, the three step test require the adoption of mechanisms impeding, as far as practicable, the uncontrolled dissemination of the work to those not concerned by the teaching activity or the access to the work for an excessive period of time.

#### IV

Even considering a quite flexible interpretation of art. 32.2 LPI, the Spanish LPI is far from giving a solution to the obstacles faced by educational institutions, teachers and students as regards the use of copyrighted works in teaching activities. Some considerations to improve the existing situation are included at the end of these conclusions.

*De lege ferenda*, it should be considered, taking into account the leeway given by the international and European legal framework, to reform the Spanish Copyright Law and to opt for a more sophisticated system. Depending on previously defined uses, might authorise certain utilisations on free basis in combination with the inclusion of a non voluntary licence (or even several licences) applicable except if the market supplies contractual licences under “reasonable conditions”. That is, a scheme embracing a diverse and, as far as the application of non voluntary licence is concerned, a subsidiary regime. The control of the reasonability of the licences should be submitted to a copyright specialised body, as for example the *Comisión de Propiedad Intelectual* (the Spanish Copyright Commission).

As an alternative to the non voluntary licences, it could be established an extended collective licences system, more respectful to the prerogatives of rightholders but less demanding with the interests of users since it would not grant the same level of accessibility and promotion of discursivity to that proposed in the previous paragraph.

Such non mandatory licences or the extended collective licences are especially suitable for some uses in on line education (others should still be under an exception) or for the making of anthologies or course packs.

Nevertheless, the Spanish legislator is unlikely to reform the LPI according to these terms in the near future. Therefore, *de lege lata*, it is proposed that Spanish Administration stimulates the conclusion of general agreements —with a more ambitious goal than that governing the French selfregulation initiative— between rightholders and users for those utilisations not covered by the already existing teaching limitations. These agreements, limited to works whose management has been entrusted to the representatives of the rightholders, should grant teaching uses under reasonable terms (from the perspective of both rightholders and users). Those controversies related to the application of the agreements should be submitted to an alternative dispute resolution system.

---

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

- C. ALLEAUME «Les exceptions de pédagogie et de recherche», *Communication Commerce Electronique*, núm. 11, 2006.
- S. BASALAMAH «Compulsory Licensing for translation: an instrument of development?», *The Intellectual Property Law Review*, núm. 40, 2000.
- D. BÉCOURT «La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme», *RIDA*, núm. 143, 1990. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- T. BELL «Fair Use *vs.* Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine», *76 North Carolina Law Review* 557, 1998.
- T. BELL «Escape from Copyright: Market Success *vs.* Statutory Failure in the Protection of Expressive Works», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 69, 2001. Accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=307820>.
- V. BENABOU *L'exception au droit d'auteur pour l'enseignement et la recherche ou la recherche d'une conciliation entre l'accès à la connaissance et le droit d'auteur*, 2002. Accesible en <http://edutice.archives-ouvertes.fr/edutice-00000031/en/>.
- V. BENABOU «France», en R. XALABARDER (coord), *Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, IN3-UOC Research Project, 2003. Accesible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.
- Y. BENKLER «A Political Economy of the Public Domain: Markets in Information Goods *vs.* The Marketplace of Ideas», en R. DREYFUSS/ D. L. ZIMMERMAN/ H. FIRST (edits.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, 2001.
- G. BERCOVITZ «Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos», en

- R. BERCOVITZ, (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 3.<sup>a</sup> ed., 2006.
- R. BERCOVITZ «Artículo 1», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual y a la Ley orgánica 6/1987, de 11 noviembre, por la que se modifica la sección III del capítulo 4o, Título XIII del libro II del Código penal*. Madrid, 1983.
- R. BERCOVITZ «La protección jurídica de las bases de datos», (1999), *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*, núm. 1, 1999.
- R. BERCOVITZ «Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual», en R. BERCOVITZ/I. GARROTE/A. GONZALO/ R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia, 2006.
- R. BERCOVITZ «Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual», en R. BERCOVITZ/I. GARROTE/A. GONZALO/ R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia, 2006.
- R. BERCOVITZ/ P. MARTÍNEZ ESPÍN «Otros derechos de propiedad intelectual», en R. BERCOVITZ, (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 3.<sup>a</sup> ed., 2006.
- A. S. BERGMAN «Copyright in the International Classroom and Marketplace», *Jazz Education Journal*, Julio 2003. Accesible en <http://www.iaje.org/article.asp?ArticleID=145>.
- B. BÖHM «Implementation of the European Info Directive in German Law and Its Consequences for Teaching and Research», en E. BECKER/W. BUHSE/D. GÜNNEWIG (edits.), *Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlín, 2003.
- B. BOLLAG «New Copyright Law Pleases Scholars and Angers Academic Publishers», *The Chronicle of Higher Education*, 14/04/2003, accesible en <http://chronicle.com/free/2003/04/2003041407n.htm>.



- F. BONDÍA *Propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información (la nueva ley de 11 de noviembre de 1987)*, Madrid, 1988.
- F. BONDÍA «Recientes reformas legales españolas en derechos de autor, la Ley 5/1998, de 6 de marzo, sobre protección jurídica de las bases de datos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 371, 1998.
- F. BONDÍA «Artículo 17», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA/ F. BONDÍA, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual: (Texto refundido, R.D.Leg.1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997.
- F. BONDÍA «Artículo 32», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA/ F. BONDÍA, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual: (Texto refundido, R.D.Leg.1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997.
- F. BONDÍA «Artículo 100», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA/ F. BONDÍA, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual: (Texto refundido, R.D.Leg.1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997.
- F. BONDÍA «Título III. Duración y Límites. Capítulo Primero. Duración», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA/ F. BONDÍA, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual: (Texto refundido, R.D.Leg.1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997.
- F. BONDÍA «Título III. Duración y Límites. Capítulo Segundo. Límites», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA/ F. BONDÍA, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual: (Texto refundido, R.D.Leg.1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997.
- M. BOTANA «Los derechos de explotación de la obra de autor en la ley española de propiedad intelectual», en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 12, 1987-1988.
- M. A. BOUZA *El derecho sui generis del fabricante de bases de datos*, Madrid, 2001.
- S. BUTLER «Battle Lines Drawn Over Compulsory License», *Billboard*, vol. 117, núm. 5, 2005.
- S. CÁMARA «El nuevo derecho sui generis sobre las bases de datos»,

- Actualidad civil*, núm. 1, 1999.
- S. CÁMARA «Protección jurídica de las bases de datos en Internet», en M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ/ R. ILLESCAS/ J. CREMADES (coord.), *Régimen jurídico de internet*, Madrid, 2001.
- F. CARBAJO *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Madrid, 2002.
- F. CARBAJO *Propiedad Intelectual, Manual del Curso de especialización de Propiedad intelectual e industrial en Internet*, Barcelona, 2006.
- C. CARON «Du nouveau en matière de citation d'une photographie», *Communication Commerce Electronique*, núm. 5, 2005.
- R. CASAS «La fotocopia y su régimen jurídico», *Aranzadi Civil*, vol. I, 1999.
- R. CASAS «Spain», en R. XALABARDER (coord), *Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, IN3-UOC Research Project, 2003. Accesible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.
- R. CASAS. «Nota a la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, Núm. 21 de Madrid, de 27 de Noviembre de 2003 (Caso «Aquellos Años»). Warner Chappel Music Spain y otros c. unidad Editorial, S. A.». *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*, núm. 15, 2003.
- R. CASAS «La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España», UOC, 2004, en <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>.
- CENTRE FOR EDUCATIONAL RESEARCH AND INNOVATION (CERI) *Giving Knowledge for Free. The Emergence of Open Educational Resources*, OCDE (edit.), 2007. Accesible en [http://www.oecdbookshop.org/oecd/display.asp?K=5L4S6TNG3F9X&lang=EN&sort=sort\\_date](http://www.oecdbookshop.org/oecd/display.asp?K=5L4S6TNG3F9X&lang=EN&sort=sort_date).
- J. COHEN «Lochner in cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management"», *Michigan Law Review*, vol. 97,

- núm. 2, 1998.
- J. CORBET «La transposition en Belgique de la Directive 2001/29/CE», *RIDA*, núm. 206, 2005. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- R. CORRIPIO «Principales novedades en la regulación de los derechos de autor ante las nuevas tecnologías», *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 51, 2002.
- L. COSTES / J. B. AUROUX «Exception de courte citation et photographie», en *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, núm. 22, 2006.
- K. D. CREWS «New Copyright Law for Distance Education: The Meaning and Importance of the TEACH Act», 2002. Accesible en <http://www.ala.org/ala/washoff/woissues/copyrightb/distanceed/teachsummary.pdf>.
- M. CUENA «Bases de datos y derecho de autor (segunda parte)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 13, 2001. Id. vLex: VLEX-JX334.
- S. CHALTON «The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive», en *European Intellectual Property Review*, vol. 20, núm. 5, 1998.
- S. CHATRY *L'exception pédagogique au droit d'auteur et aux droits voisins*, Mémoire pour l'obtention du Master 2 Recherche Propriété intellectuelle, Université de Nantes, UFR de Droit et des Sciences Politiques, 2007; accesible en [http://www.adepin.com/\\_media/promotions:promo20062007:exception\\_pedagogique\\_chatry.pdf?id=promotions%3Apromo20062007%3Asylvain\\_chatry&cache=cache](http://www.adepin.com/_media/promotions:promo20062007:exception_pedagogique_chatry.pdf?id=promotions%3Apromo20062007%3Asylvain_chatry&cache=cache).
- M. CHON «Intellectual Property “from Below”: Copyright and Capability for Education», *UC Davis Law Review*, vol. 40, 2007. Accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=971294>.
- M. DAVISON *The legal protection of databases*, Cambridge, 2003.

- M. DAVISON/ B. HUGENHOLTZ «Football Fixtures, Horseraces and Spin-offs: The ECJ Domesticates the Database Rights», en *European Intellectual Property Review*, vol. 27, núm. 3, 2005.
- A. DELGADO *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, 1988.
- A. DELGADO «La copia privada en España», *RIDA*, núm. 145, 1990.
- A. DELGADO «La incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho español de propiedad intelectual», *RIDA*, núm. 210, 2006.
- E. DERCLAYE «Databases sui generic rights: should we adopt the spin off theory», en *European Intellectual Property Review*, vol. 26, núm. 9, 2004.
- E. DERCLAYE «The Court of Justice interprets the database sui generis right for the first time», *European law review*, núm. 3, 2005.
- J. M. DESANTES *La información como derecho*, Madrid, 1974.
- H. DESBOIS «La conférence diplomatique de révision des conventions de Berne et de Genève», *RIDA*, núm. 68, 1971.
- H. DESBOIS/ A. FRANÇON/ A. KEREVER *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, París, 1976.
- S. DIAZ ALABART «Artículo 39», en M. ALBALADEJO/ S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4º-A: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1994.
- P. DRAHOS «An alternative framework for the global regulation of intellectual property rights», *Austrian Journal of Development Studies*, núm. 1, 2005, Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=850751>.
- T. DREIER «Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?», en R.

- DREYFUSS/ D. L. ZIMMERMAN/ H. FIRST (edits.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, 2001.
- F. DUBUISSON «L'exception de reproduction d'oeuvres fixées sur un support graphique ou analogue dans un but privé ou didactique (Analyse de l'article 22, § 1er, 4°, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins)», en *Journal des Tribunaux*, núm. 5856, 1997.
- F. DUBUISSON «Le régime des exceptions au droit d'auteur après la loi du 31 août 1998 concernant la protection juridique des bases de données», en *Auteurs & Media*, núm. 2, 2001.
- S. DUSOLLIER *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique : droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres*, Bruselas, 2005.
- S. DUSOLLIER «Mapping the public domain in intellectual property: Beyond the metaphor of a domain», Working Paper, 2006.
- S. DUSOLLIER «Le dernier tournant de l'affaire Mulholland Drive, note sous Cass. fr.», *Auteurs et Média*, núm. 2, 2006.
- S. DUSOLLIER «L'utilisation légitime de l'oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?», *Communications – Commerce Electronique*, núm. 11, 2005.
- S. DUSOLLIER «L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes», *Intellectuelle rechten Droits intellectuels*, núm. 2, 2005.
- S. DUSOLLIER «Belgium», en G. WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society -The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Londres, 2007.  
En [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm)

- E. GALÁN «Artículo 5. Excepciones a los actos sujetos a restricciones», en M. ALBALADEJO/ S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4º-B: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1995.
- J. ECHEVARRÍA «La copia privada y reprografía en España», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Tomo 2.º, Madrid, 1991.
- N. ELKIN-KOREN/ E. SALBZBERGER *Law, economics and cyberspace: the effects of cyberspace on the economic analysis of law*, Northampton, 2004.
- S. ERNST/ D. M. HAEUSERMANN «Teaching Exceptions in European Copyright Law - Important Policy Questions Remain», *Berkman Center Research Publication*, núm. 2006-10, 2006; accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=925950>.
- I. ESPÍN/ M. A. BOUZA «Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 26, 2006.
- M. A. ESTEVE PARDO *Contratos Multimedia*, Madrid, 2003.
- J. FARCHY/ F. ROCHELANDET «Self-help systems. Good Substitutes for Copyright or New Barriers to Competition?», en W. GORDON/ R. WATT, *The Economics of Copyright: Developments in Research and Analysis*, Northampton, 2003.
- E. FERNÁNDEZ MASÍA «La Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Actualidad civil*, núm. 1, 1997.
- A. FERNÁNDEZ-MIRANDA/ A. J. SÁNCHEZ NAVARRO «Art. 27: Enseñanza», en O. ALZAGA, (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Madrid, 1996.
- R. FERNAY «Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur», *RIDA*, núm. 109, 1981. (Traducción española de P. MUÑOZ).

- R. FERNAY «Paris 1971, ou les aventures d'un "package deal"», *RIDA*, núm. 70, 1971. (Traducción española de P. MUÑOZ).
- M. FICSOR «How much of what? Three-step test and its application in recent WTO dispute settlement cases», *RIDA*, núm. 192, 2002. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- M. FICSOR «Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroads: Should it Remain Voluntary or May it Be "Extended" or Made Mandatory?/La gestión colectiva del Derecho de autor y los derechos conexos en una triple encrucijada: ¿deberá seguir siendo voluntaria o podría "ampliarse" o establecerse con carácter obligatorio?», *Copyright Bulletin - Boletín de Derecho de Autor*, octubre - diciembre 2003.
- M. FICSOR *The law of copyright and the Internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation, and implementation*, Oxford, 2002.
- W. FISHER «Reconstructing the Fair Use Doctrine», *Harvard Law Review*, vol. 101, núm. 8, 1988.
- W. FISHER *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, 2004. Accesible en <http://www.tfisher.org/PTK.htm>.
- W. FISCHER/W. MCGEVERAN «The Digital Learning Challenge: Obstacles to Educational Uses of Copyrighted Material in the Digital Age», *A Foundational White Paper, Berkman Center Research Publication*, núm. 2006-09, accessible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=923465>.
- S. FITZPATRICK «Prospects of Further Copyright Harmonization?», *European Intellectual Property Review*, núm. 215, 2003.
- J. FORNS «Derecho de la propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura», *Anuario de Derecho Civil*, 1951.
- D. FREITAS «Reproduction pour l'usage privé, à des fins d'éducation

- et pour les bibliothèques», *RIDA*, núm. 71, 1972. (Traducción española de P. MUÑOZ).
- C. GARRIGUES «Spain», en G. WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society - The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Londres, 2007.  
En [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm).
- I. GARROTE *El derecho de autor en Internet: los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2.ª ed., Granada, 2003.
- I. GARROTE *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Granada, 2005.
- I. GARROTE «Apéndice», en R. BERCOVITZ/I. GARROTE/A. GONZALO/R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia, 2006.
- I. GARROTE «La tutela de las medidas tecnológicas de protección y la información para la gestión de derechos», en R. BERCOVITZ/I. GARROTE/A. GONZALO/R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia, 2006.
- J. GASTER «La nouvelle directive européenne concernant la protection juridique des bases de données», *Auteurs & Media*, 1996.
- Y. GAUBIAC «La liberté de citer une œuvre de l'esprit», *RIDA*, núm. 171, 1997. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- P. Y. GAUTIER «De la transposition des exceptions à propos de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information », *Communication – Commerce électronique*, núm. 11, 2001.



- C. GEIGER «Les exceptions au droit d'auteur à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand», *Propriétés intellectuelles*, núm. 5, 2002.
- C. GEIGER «Germany», en R. XALABARDER (coord), *Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, IN3-UOC Research Project, 2003. Accesible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.
- C. GEIGER *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, París, 2004.
- C. GEIGER *Copyright and Freedom of Expression, Questionnaire – Answers of the German Group of ALAI, ALAI Study Days*, 2006.
- C. GEIGER «The Three-Step Test, A Threat to a Balanced Copyright Law?», *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 6, 2006.
- C. GEIGER «Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information/ El papel del test de las tres etapas en la adaptatación del derecho de autor a la sociedad de la información», *Bulletin du droit d'auteur –Boletín de Derecho de Auto* , enero-marzo 2007.
- P. GELLER «Towards an overriding norm in copyright: sign wealth», *RIDA*, núm. 159, 1994. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- D. GERVAIS *Application of an extended collective licensing regime in Canada: principles and issues related to implementation*, Study Prepared for the Department of Canadian Heritage, Ottawa, 2003. Accesible en [http://www.canadianheritage.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/regime/regime\\_e.pdf](http://www.canadianheritage.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/regime/regime_e.pdf).
- J. GINSBURG «A tale of two copyrights: Literary property in revolutionary France and America», *RIDA*, núm. 147, 1991. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- M. C. GÓMEZ «Artículo 32», en M. ALBALADEJO/ S. DÍAZ ALABART

- LAPLAZA (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4º-A: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1994.
- F. GÓMEZ POMAR «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 69, núm. 614, 1993.
- F. GÓMEZ POMAR Prólogo a W. LANDES/ R. POSNER, *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, Madrid, 2006.
- J. GONZÁLEZ DE ALAIZA *La copia privada en el entorno digital*, (tesis inédita), Palma de Mallorca, 2003.
- J. GONZÁLEZ DE ALAIZA *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, (en prensa).
- A. GONZÁLEZ «Mesa Redonda: El test de las tres etapas y la comunicación pública», recogida en «Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?», *IDP- Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, 2005.
- W. GORDON «Excuse and justification in the law of fair use: Commodification and market perspectives», en N. ELKIN-KOREN/ N. W. NETANEL (eds.), *The Commodification of Information*, La Haya, 2002.
- F. GOTZEN «Le droit d'auteur en Europe: Quo vadis?», *RIDA*, núm. 211, 2007. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- A. GRANCHET «Enseignement et droit d'auteur», en *Communication Commerce Electronique*, núm. 12, 2005.
- L. GUIBAULT «Limitations found outside copyright law», en ALAI Study Days, *The boundaries of copyright: its proper limitations and exceptions*, Sidney, 1999.
- L. GUIBAULT Licenses and Copyright Exemptions, presentación realizada en la reunión Information Licensing, organizado por el Legal Advisory Board de la Comisión

- Europea, DGIS en Mayo de 2000.
- L. GUIBAULT *Copyright limitations and contracts: an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Londres, 2002.
- L. GUIBAULT «The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: prospects for their adaptation to the digital environment/ Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital», *Copyright Bulletin – Boletín de Derecho de Autor*, octubre-diciembre, 2003.
- L. GUIBAULT *The Reprography Levies across the European Union*, Amsterdam, 2003.
- D. GÜNNEWIG «New Copyright for the Digital Age: Political Conflicts in Germany», en E. BECKER/W. BUHSE/D. GÜNNEWIG (edits.), *Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlín, 2003.
- J. HABERMAS *Historia y Crítica de la Opinión pública*, Barcelona, 4.<sup>a</sup> ed., 1994. (Traducción de A. DOMÉNECH).
- J. HABERMAS *Facticidad y validez*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1998. (Traducción de M. JIMÉNEZ).
- I. T. HARDY «Property (and Copyright) in Cyberspace», *University of Chicago Legal Forum*, núm. 217, 1996.
- I. HINDS *Marketplace for licensing in Digital Distance Education*, Appendix E, Copyright Office, Report on Copyright and Digital Distance Education, 1999.
- T. HOEREN «Access right as a postmodern symbol of copyright deconstruction? Some fragmentary considerations for the ALAI Congress in New York», ALAI 2001 Congress, Nueva York, Junio 2001.

- B. HUGENHOLTZ «Fierce creatures. Copyright Exemptions: Towards extinction», IFLA/IMPRIMATUR Conference, "Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance", Amsterdam, 30-31 octubre 1997. Accesible en <http://www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>.
- B. HUGENHOLTZ «Copyright and Freedom of expression in Europe», en R. DREYFUSS/ D. L. ZIMMERMAN/ H. FIRST (edits.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, 2001.
- K. H. HUTCHINSON «The Teach Act: Copyright Law and Online Education», *New York University Law Review*, vol. 78, núm. 6, 2003. Accesible en <http://www.law.nyu.edu/journals/lawreview/issues/vol78/no6/index.html>.
- M. J. IGLESIAS/ L. VILCHES «Les bibliothèques numériques et le droit d'auteur: Que se passe-t-il en Europe?», en prensa.
- INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS COMMISSION. Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo. Informe Final de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, (versión española), Londres, septiembre, 2002. Accesible en [http://www.iprcommission.org/graphic/Spanish\\_Intro.htm](http://www.iprcommission.org/graphic/Spanish_Intro.htm).
- IVIR (L. GUIBAULT/ G. WESTKAMP/ T. RIEBER-MOHN/ B. HUGENHOLTZ/ M. VAN EECHOU/ N. HELBERGER/ L. STEIJGER/ M. ROSSINI/ N. DUFFT/ P. BOHN) Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society - Part I: Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, Universidad de Amsterdam, Holanda, 2007. Accesible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm)
- IVIR (B. HUGENHOLTZ/ M. V. EECHOU/ S. VAN GOMPEL/ L. GUIBAULT/ N. HELBERGER/ M. The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, Universidad de Amsterdam, Holanda, 2006. Accesible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/st](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/st)

- ROSSINI/L. STEIJGER/N. DUFFT/P. BOHN) studies\_en.htm
- M-C. JANSSENS «Implementation of the 2001 Copyright Directive in Belgium», *ICC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, núm. 1/2006, 2006.
- G. KARNELL «Individual rights in wholesale trading?», *RIDA*, núm. 157, 1993. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- G. KARNELL «The implementation of Directive 2001/29/EC in Swedish», *RIDA*, núm. 206, 2005. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- B. T. KEHOE «The TEACH Act's Eligibility Requirements: Good policy or a bad compromise», *Brooklyn Law Review*, vol. 71 Winter 2005, núm. 2, 2005.
- D. W. K. KHONG «Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 15, núm. 1, 2007.
- A. KINGSBURY «New Zealand», en R. XALABARDER (coord), *Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, IN3-UOC Research Project, 2003. Accesible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.
- H. KNOFF «Towards a positive agenda for international copyright reform from a developed country's perspective», UNCTAD-ICTSD Dialogues on IPRs and Sustainable Development: Intellectual Property and Sustainable Development: Revising the Agenda in a New Context 24-28 de octubre de 2005, Bellagio, Italia. Accesible en <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/KNOPFfinal.pdf>.
- G. KOUMANTOS «Les bases de données dans la directive communautaire», *RIDA*, núm. 171, 1997. (Traducción española de J. MARTÍNEZ-ARRETZ).
- T. KRIM Le peer to peer un autre modèle économique pour la

- musique, Etude réalisée pour l'Adami, 2004. En [http://www.adami.fr/portail/affiche\\_article.php?arti\\_id=819&rubr\\_lien\\_int=324](http://www.adami.fr/portail/affiche_article.php?arti_id=819&rubr_lien_int=324).
- R. KUHLEN «Controversial copyright regulation in Germany – protection of commercial exploitation *vs.* free/open access in science and education», 2006. Accesible en [http://www.inf-wiss.uni-konstanz.de/People/RK/Publicationen2006/RK-talk-sofia0306-v2\\_pp.pdf](http://www.inf-wiss.uni-konstanz.de/People/RK/Publicationen2006/RK-talk-sofia0306-v2_pp.pdf).
- J. L. LACRUZ «Artículo 2», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, 2ª ed., Madrid, 1997.
- W. LANDES/ R. POSNER *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, Madrid, 2006. (Traducción de M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ).
- A. LEBOIS «Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement, la consécration?», en *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, núm. 25, 2007.
- B. A. LEHMAN The Conference on Fair Use. Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use, Noviembre 1998. En <http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/confu/confurep.pdf>.
- T. LÉONARD «Le test en trois étapes confié au juge: la mise à mort du droit d'auteur et de ses exceptions?, note d'obs. Cass. fr. (1ere ch. civ.), 26 février 2006», *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, núm. 25, 2006.
- L. LESSIG *Free Culture*, Nueva York, 2003. Accesible en <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>. Se puede consultar una versión en español en <http://www.free-culture.cc/remixes/>.

- S. V. LEWINSKI «Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights – A Case Study On Its Compatibility With International and EC Copyright Law/ La gestión colectiva obligatoria de los derechos exclusivos - Un estudio de caso sobre su compatibilidad con las leyes de derecho de autor internacionales y de la Comunidad Europea», *Copyright Bulletin – Boletín de Derecho de Autor*, enero-marzo 2004.
- P. LIU «Regulatory Copyright», *Boston College Law School Research Paper* núm. 37, 2004. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=535703>.
- A. LUCAS «L'exception de citation», en ALAI Study Days, *The boundaries of copyright: its proper limitations and exceptions*, Sidney, 1999.
- A. LUCAS *Traité de la propriété littéraire et artistique*, París, 2001.
- F. LLEDÓ «Artículos 31 y 32», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual y a la Ley orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del capítulo 4o, Título XIII del libro II del Código penal*. Madrid, 1983.
- J. MARCO *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, 1995.
- J. J. MARÍN «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*, núm. 20, 2005.
- J. J. MARÍN «Mesa Redonda: El test de las tres etapas y la comunicación pública», recogida en «Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?», *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, 2005.
- S. MARTÍN *Remuneración del Autor y Comunicación Pública*, Zaragoza, 2004.

- S. MARTÍNEZ LAGE «El acuerdo entre las partes como instrumento primordial para hacer efectiva la remuneración por copia privada», en Ministerio de Cultura, *La copia privada a examen*, Madrid, 1994.
- J. MARTÍNEZ PISÓN *El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza*, Madrid, 2003. Id. vLex: VLEX-WS330.
- R. MERGERS «The End of Friction? Property Rights and Contract in the “Newtonian” World of On-Line Commerce», *Berkeley Technology Law Journal* 12-1, 1997.
- C. MESA «Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación de la propiedad intelectual en la Directiva 2001/29/CE y su incidencia en el Derecho Español», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 7, 2005.
- J. A. MESSÍA DE LA CERDA «Elementos Personales del derecho sui generis», *La protección jurídica del fabricante de bases de datos: derecho sui generis y competencia desleal*, Madrid, 2005. Id. vLex: VLEX-MR508.
- J. A. MESSÍA DE LA CERDA «Contenido y límites del derecho sui generis», *La protección jurídica del fabricante de bases de datos: derecho sui generis y competencia desleal*, Madrid, 2005. Id. vLex: VLEX-MU508.
- H. MÜLLER Country Report Germany, Annual report to the IFLA (International Federation of Library Associations and Institutions) CLM (Committee on Copyright and other Legal Matters) Committee, Seúl, 2006.
- V. NABHAN «Welcome», en ALAI Study Days, *The boundaries of copyright: its proper limitations and exceptions*, Sidney, 1999.
- NAUTADUTILH The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, 2001; accesible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/databases/etd2001b53001e72\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/etd2001b53001e72_en.pdf).



- N. W. NETANEL «Copyright and a Democratic Civil Society», 106 *Yale Law Journal* 283, 1996.
- N. W. NETANEL «Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 17, 2003.
- N. W. NETANEL «Copyright and 'Market Power' in the Marketplace of Ideas», 2005, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=721281>.
- W. NOEL «Compulsory licences and copyright», *RIDA*, núm. 108, 1981.
- M. C. NÚÑEZ ZORRILLA *El contrato de enseñanza no reglada*, 2006. Id. vLex: VLEX-FL581.
- R. OKEDIJI «Fostering access to education, research and dissemination of knowledge through copyright», UNCTAD-ICTSD Dialogue on Moving the pro-development IP agenda forward: Preserving Public Goods in health, education and learning, Bellagio, 29 noviembre – 3 diciembre 2004. Accesible en [http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/Okideiji\\_Bellagio4.pdf](http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/Okideiji_Bellagio4.pdf).
- R. OKEDIJI «The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries in the Digital Environment», CTDS Project on IPRs and Sustainable Development. Issue paper núm. 15, Ginebra, 2006.
- OMPI *Guía del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas: (Acta de París, 1971)*, Ginebra, 1978.
- J. ORTEGA *Obra plástica y derechos de autor*, Madrid, 2000.
- J. F. ORTEGA «Las excepciones de cita e ilustración en el entorno tradicional y digital. A propósito de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la adaptación de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*,

núm. 19, 2005.

- E. DE PALACIOS «La negociación como necesidad. Sujetos del derecho y de la obligación. Nacimiento de la obligación. Responsabilidad solidaria», en Ministerio de Cultura, *La copia privada a examen*, Madrid, 1994.
- L. PALLAS «Redefining the market failure approach to fair use in an era of copyright permission systems», *Journal of Intellectual Property Law*, núm. 1, vol. 5, Fall 1997. Accesible en <http://www.lclark.edu/~loren/articles/fairuse.htm>.
- E. PÉREZ CUESTA «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el Derecho de autor», *Revista de derecho privado*, Año núm. 65, Mes 1, 1981.
- C. PÉREZ DE ONTIVEROS «Sentencia de 19 de julio de 1993», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 33, 1993.
- C. PÉREZ DE ONTIVEROS «Artículo 31», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997.
- C. PÉREZ DE ONTIVEROS «Artículo 32», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997.
- C. PÉREZ DE ONTIVEROS «Artículo 36», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997.

- C. PÉREZ DE ONTIVEROS «Aproximación al significado de la expresión "ámbito estrictamente doméstico" en la regulación legal de la facultad patrimonial de comunicación pública», *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*, núm. 12, 2002.
- C. PÉREZ DE ONTIVEROS «Algunas notas sobre el derecho de autor en Canadá a propósito de la decisión de la Cour Suprême canadiense de 4 de marzo de 2004», *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*, núm. 17, 2004.
- S. PICCIOTTO «Copyright Licensing: the Case of Higher Education Photocopying in the United Kingdom», *European Intellectual Property Review*, vol. 24(2), 2002.
- J. PLAZA PENADÉS *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1,b) de la Constitución*, Valencia, 1997.
- J. PLAZA PENADÉS *Propiedad intelectual y sociedad de la información: (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y responsabilidad civil en la Red)*, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- J. PRIETO «Artículo 44.1: El derecho a la cultura», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV - Artículos 39 a 55 de la Constitución Española de 1978, Madrid, 1996. Id. vLex: VLEX-IL575.
- J. H. REICHMANN/ P. SAMUELSON «Intellectual Property Rights in Data?», 50 *Vanderbilt Law Review*, 1997.
- B. RIBERA *El Derecho de Reproducción en la Propiedad Intelectual*, Madrid, 2002.
- S. RICKETSON WIPO Study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment, 9<sup>a</sup> session, Ginebra, 23-27 junio, 2003. Doc. SCCR/9/7, April 5 2003, en [http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting\\_id=4823](http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=4823).
- S. RICKETSON «Chapter 13: Restrictions on the exercise of Rights, Limitations and Exceptions», en *International copyright and neighbouring rights: the Berne convention and beyond*,

- (vol. 1), 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2006.
- S. RICKETSON «Chapter 14: Developing countries», en *International copyright and neighbouring rights: the Berne convention and beyond*, (vol. 2), 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2006.
- S. RICKETSON *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, Londres, 1987.
- F. RIVERO «Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 70, núm. 622, 1994.
- F. RIVERO «Artículo 17», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997.
- J. M. RODRÍGUEZ TAPIA *La Ley de Propiedad Intelectual. Tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- J. RODRÍGUEZ-ZAPATA «Las nuevas estructuras jurídico-administrativas que ha creado la Ley de Propiedad Intelectual», en Grupo Español de la AIPPI (edit.), *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a H. Baylos*. Barcelona, 1992.
- J. RODRÍGUEZ-ZAPATA «Artículo 25», en M. ALBALADEJO/ S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4<sup>o</sup>-A: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1994.
- C. ROGEL «Notas sobre el Derecho de Cita de obras literarias y artísticas», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1984.
- C. ROGEL «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», *Revista de Derecho Privado*, Año núm. 81, Mes 2, 1997.

- C. ROGEL *Derecho de Autor*, Barcelona, 2002.
- C. ROGEL «De los límites a las infracciones del derecho de autor en España», en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2003.
- C. ROGEL «La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita», en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2003.
- M. SALCZER-SANCHEZ *Le droit d'auteur et les nécessités de l'enseignement*, Tesis doctoral inédita, Université Panthéon-Assas (Paris 2), 1980.
- M. SALCZER-SANCHEZ «Le droit d'auteur et la nécessité de l'enseignement», *RIDA*, núm. 110, 1981. (Traducción española de P. MUÑOZ).
- P. SAMUELSON «Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue - But to What Future?», en N. ELKIN-KOREN/ N. W. NETANEL (edits.), *The Commodification of Information*, La Haya, 2002.
- R. SÁNCHEZ ARISTI *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2.<sup>a</sup> ed., Granada, 2005.
- M. SENFTLEBEN *Copyright, limitations, and the three-step test: an analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, La Haya, 2004.
- S. SHASHIKANT «Intellectual Property and the WIPO "Development Agenda"», WSIS Papers. Choike.org Briefing paper, 2006. Accesible en [http://www.twinside.org.sg/title2/FTAs/Intellectual\\_Property/IP\\_and\\_Development/IPandtheWIPODevelopmentAgenda-SangeetaShashikantWSIS.pdf](http://www.twinside.org.sg/title2/FTAs/Intellectual_Property/IP_and_Development/IPandtheWIPODevelopmentAgenda-SangeetaShashikantWSIS.pdf).
- P. SIRINELLI *Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins/ Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos, taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y*

- fonogramas, Ginebra, 6 – 7 diciembre 1999. Doc. WCT-WPPT/IMP/1.
- P. SIRINELLI «Rapport de synthèse», en ALAI Study Days, *The boundaries of copyright: its proper limitations and exceptions*, Sidney, 1999.
- P. SPURGEON «License or Limit? On-Line Educational Uses: Alternatives for Preserving the Exclusive Rights of Copyright Owners/ ¿Autorizar o limitar? Utilización en línea con fines educativos: alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor», *Copyright Bulletin – Boletín de Derecho de Autor*, julio-septiembre 2003.
- M. SOL «Mesa Redonda: El test de las tres etapas y la comunicación pública», recogida en «Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?», *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, 2005.
- J. H. SPOOR «General aspects of exceptions and limitations: general report », en ALAI Study Days, *The boundaries of copyright: its proper limitations and exceptions*, Sidney, 1999.
- A. STERLING *World copyright law: protection of authors' works, performances, phonograms, films, video, broadcasts, and published editions in national, international, and regional law*, 2.<sup>a</sup> ed., Londres, 2003.
- S. STEWART *International copyright and neighbouring rights*, Londres, 1983.
- V. STILL «Finland», en G. WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society -The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Londres, 2007.  
En [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies)

/studies\_en.htm.

- A. STORY Study Paper 5: Copyright, Software and the Internet, documento preparatorio para la realización del informe de la Commission on Intellectual Property Rights: Intellectual Property Rights and Development Policy (2002), por encargo del gobierno británico. Accesible en <http://www.iprcommission.org/graphic/documents.htm>.
- A. STORY «Burn Berne: Why the Leading International Copyright Convention Must Be Repealed», *Houston Law Review* 40:3, 2003. Accesible en [http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/40-3\\_pdf/storyg3r.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/40-3_pdf/storyg3r.pdf).
- A. STORY/ C. DARCH/  
D. HALBERT *The Copy/South Dossier, Issues in the economics, politics and ideology of copyright in the global south*, The Copy/South Research Group, 2006. Accesible en <http://www.kent.ac.uk/law/copysouthfiles/index.htm>
- A. STROWEL «Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité?», *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 1991.
- A. STROWEL *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences: étude de droit comparé*, Bruselas, 1993.
- A. STROWEL «Belgium», en R. XALABARDER (coord), *Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, IN3-UOC Research Project, 2003. Accesible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.
- A. STROWEL/  
J-P. TRIALLE *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia: droit belge, droit européen, droit comparé*, Bruselas, 1997.
- P. TORREMANS «Copyright as a Human Right», en P. TORREMANS, (edit.), *Copyright and Human Rights. Freedom of expression - Intellectual Property - Privacy*, La Haya, 2004.
- R. TOWSE «Copyright policy, cultural policy and support for artists», en W. GORDON/ R. WATT, *The Economics of*

*Copyright: Developments in Research and Analysis*, Northampton, 2003.

- H. TRAVIS «Building Universal Digital Libraries: An agenda for Copyright Reform», *Bepress Legal Series*, Working Paper 755, en <http://law.bepress.com/expresso/eps/755>.
- V. VANOVERMEIRE «The Concept of the Lawful User in the Database Directive», *ICC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 31, núm. 1/2000, 2000.
- J. A. VEGA *Derecho de Autor*, Madrid, 1990.
- C. VILLALBA «Limitaciones del derecho de autor que benefician al autor y al editor», II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial, Buenos Aires, 28 y 29 de abril de 2004.
- M. VIVANT «Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme», *RIDA*, núm. 174, 1997. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- M. VIVANT «Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1er août 2006», *Recueil Le Dalloz*, 182e núm. 31, 2006.
- P. VIVANT «Courte citation et parodie: des exceptions au droit moral?», en *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, núm. 13, 2006.
- M. M. WALTER «Transposition de la Directive 2001/29/CE en Autriche», *RIDA*, núm 202, 2004. (Traducción española de A. MUÑOZ).
- J. DE WERRA «Switzerland», en R. XALABARDER (coord), *Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, IN3-UOC Research Project, 2003. Accesible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.
- G. WESTKAMP Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society -The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, Queen Mary



- Intellectual Property Research Institute, Londres, 2007.  
En [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm)
- L. WISEMAN «Digital Copying in the Academy: the new Australian educational copying licence», en *The Copyright in Higher Education Workgroup (CHEW)*, [http://www.ukcle.ac.uk/copyright/c\\_in\\_e01.html](http://www.ukcle.ac.uk/copyright/c_in_e01.html).
- R. XALABARDER «Copyright and Digital Distance Education: The Use of Pre-Existing Works in Distance Education through the Internet», *The Columbia Journal of Law and The Arts*, vol.26, núm. 2, Spring 2003.
- R. XALABARDER (coord) Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet, IN3-UOC Research Project, 2003. En <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.
- R. XALABARDER/ M. VILAMITJANA «Final Report», en R. XALABARDER (coord), Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet, IN3-UOC Research Project, 2003. Accesible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.
- R. XALABARDER Copyright exceptions for teaching purposes in Europe, *Working Paper Series: WP04-004*, en <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/20418.pdf>.
- R. XALABARDER «Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright», *UOC Papers*, núm. 2, UOC. En <http://www.uoc.edu/uocpapers/dt/esp/xalabarder.html>.

## LEGISLACIÓN

### ESPAÑA

- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, (BOE núm. 159 de 4/7/1985, pp. 21015-21022).
- Ley 22/1987, de 11 noviembre, de Propiedad Intelectual, (BOE n. 275 de 17/11/1987, pp. 34163-34176).
- Real Decreto 1497/1987, de 27 de Noviembre, por el que se Establecen Directrices Generales Comunes de los Planes de Estudio de los Títulos Universitarios de Carácter Oficial y Validez en todo el territorio nacional, (BOE n. 298 de 14/12/1987, pp. 36639– 36643).
- Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 25 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, (BOE n. 72 de 25/3/1989, pp. 8140-8141).
- Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, (BOE n. 168 de 14/7/1992, pp. 24125-24128).
- Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, en la Versión dada a los mismos por La Ley 20/1992, de 7 de Julio, (BOE n. 301 de 16/12/1992, pp. 42475-42484).
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, (BOE n. 97 de 22/4/1996, pp. 14369 - 14396).
- Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, (BOE núm. 57, de 7/3/1998, pp. 7935-7940).
- Real Decreto 1744/1998, de 31 de julio, sobre uso y supervisión de libros de texto y demás material curricular correspondientes a las enseñanzas de Régimen General, (BOE n. 212 de 4/9/1998, pp. 30005-30007).

- 
- Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, (BOE n. 307 de 24/12/2001, pp. 49400-49425).
  - Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (BOE n. 147 de 20/6/2002, pp. 22437-22442).
  - Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, (BOE n. 224 de 18/9/2003, pp. 34355-34356).
  - Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de Grado, (BOE n. 21 de 25/1/2005, pp. 2842-2846).
  - Real Decreto 56/2005, de 21 de enero, por el que se regulan los estudios universitarios oficiales de Posgrado, (BOE n. 21 de 25/1/2005, pp. 2846-2851).
  - Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, por el que se regulan los requisitos básicos de los Centros integrados de formación profesional, (BOE n. 312 de 30/12/2005, pp. 43141-43146)
  - Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, (BOE n. 106 de 4/5/2006, pp. 17158-17207).
  - Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, (BOE núm. 162, de 8/7/2006, pp. 25561-25572).
  - Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo, (BOE n. 3 de 3/1/2007, pp. 182-193).
  - Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, (BOE núm. 150, de 23/6/2007, pp. 27140-27150).

## **COMUNIDAD EUROPEA**

- Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, (DO L 122, de 17/05/1991, pp. 42-46).

- Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, (DO L 248, de 06/10/1993, pp. 15-21).
- Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, (DO L 77, de 27/03/1996, pp. 20-28).
- 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, de 22 de mayo de 2001, (DO L 167, de 22./06/2001, pp. 10-19).
- Decisión 2003/300/CE de la Comisión, de 8 de octubre de 2002, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C2/38.014 – IFPI “Emisión simultánea”), (DO L 107, de 30/04/2003 pp. 58-84).

## **TRATADOS INTERNACIONALES**

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 (y Observación general 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10)).
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

## OTROS PAÍSES

### Alemania:

- Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965.
- Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2003.
- Fünftes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, 2006.

### Argentina:

- Ley 11.723 de 1933, del Régimen Legal de la Propiedad Intelectual.

### Australia:

- Copyright Act 1968.
- Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000.

### Bélgica:

- Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.
- Loi transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, du 31 août 1998.
- Loi du 22 Mai de 2005 transposant en droit belge la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

### Brasil:

- Nova Lei do Direito Autoral, Lei nº 9.610, 1998.

### Canadá :

- Copyright Act (R.S. 1985, c. C-42).

### Colombia:

- Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor.

### Chile:

- Ley sobre propiedad intelectual, núm. 17.336, de 1970.

Dinamarca:

- Consolidated Act on Copyright 2003, traducción del Ministerio de Cultura danés publicada en <http://www.kum.dk/sw4550.asp>.

Eslovaquia:

- Act No. 618/2003 of 4th December 2003, traducción publicada por el Ministerio de Cultura eslovaco, en [http://www.culture.gov.sk/files/files/copyright/COPY\\_ACT\\_SVK\\_final\\_Ver.pdf](http://www.culture.gov.sk/files/files/copyright/COPY_ACT_SVK_final_Ver.pdf).

Eslovenia:

- Copyright and Related Rights Act (Official Gazette No 16/2007), traducción no oficial de la Slovenian Intellectual Property Office, en [http://www.uil-sipo.si/fileadmin/upload\\_folder/zakonodaja/ZASP\\_EN\\_20070113.pdf](http://www.uil-sipo.si/fileadmin/upload_folder/zakonodaja/ZASP_EN_20070113.pdf)

Estados Unidos:

- Copyright Act, 1976.
- Digital Millenium Copyright Act, 1998.
- Technology, Education, and Copyright Harmonization Act, 2002..
- Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, (Library of Congress, Copyright Office), November 27, 2006, Final rule.

Estonia:

- Copyright Act 1992, traducción no oficial del Estonian Legal Language Centre accesible en <http://www.legaltext.ee>.

Francia:

- Code de la Propriété Intellectuelle.
- Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

Grecia:

- Law 2121/1993, Copyright, Related Rights and Cultural Matters.

Holanda:

- Copyright Act 1912 - Traducción no oficial de la del Ministerio de Justicia holandés, accesible en [http://www.ivir.nl/legislation/nl/copyrightact1912\\_unofficial.pdf](http://www.ivir.nl/legislation/nl/copyrightact1912_unofficial.pdf).

Irlanda:

- Copyright and Related Rights Act, 2000.

## Italia:

- Legge 22 aprile 1941, n.633, recante protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio.
- R.D. 18 maggio 1942, n. 1369, Regolamento per esecuzione della Legge 22 aprile 1941, n. 633, per la protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio.

## Letonia:

- Copyright Law, según traducción del Ministerio de Cultura, accesible en <http://www.km.gov.lv/ui/ImageBinary.asp?imageid=360>.

## Lituania:

- Law on Copyright and Related Rights, de 18 de mayo de 1999, núm. VIII-1185, según la traducción inglesa oficial, accesible en <http://www3.lrs.lt/cgi-bin/getfmt?c1=w&c2=226598>.

## Luxemburgo :

- Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données.

## Malta:

- Act XIII of 2000, as amended by Acts VI of 2001 and IX of 2003, traducción oficial (Government Gazette of Malta No. 17,467, September 2, 2003), en [http://docs.justice.gov.mt/lom/legislation/english/lvol\\_13/chapt415.pdf](http://docs.justice.gov.mt/lom/legislation/english/lvol_13/chapt415.pdf).

## Noruega:

- Act No. 2 f 12 May 1961 Relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, Etc., with Subsequent Amendments, latest of 17 June 2005, accesible en la página web de la entidad de gestión Kopinor, [http://www.kopinor.org/opphavsrett/node\\_2182](http://www.kopinor.org/opphavsrett/node_2182) .

## Nueva Zelanda:

- Copyright Act, 1994.

## Portugal:

- Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.
- Lei núm. 50/2004 de 24 de Agosto, que Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro).

Reino Unido:

- Copyright, Designs and Patents Act, 1988.

Sudáfrica:

- Copyright Regulations, 1978.

Suecia:

- Act on Copyright in Literary and Artistic Works, según la traducción del Ministerio de Justicia, accesible en

<http://www.regeringen.se/sb/d/5825/a/54200;jsessionid=a-qnu4MsM3Ad>.

Suiza :

- Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992.



---

**JURISPRUDENCIA****ESPAÑOLA**

sTC de 7 de noviembre de 1985.

sTS de 9 de diciembre de 1985.

sTS de 19 de julio de 1993

sTS de 29 de diciembre de 1993.

sTS de 29 de marzo de 1996.

sAP de Toledo, de 4 de junio de 1999.

sAP de Albacete, de 5 de julio de 1999.

sAP de Granada de 14 de mayo de 2001.

sAP de Barcelona, de 31 de octubre de 2002.

sAP de Madrid, de 3 de junio de 2003.

sAP de Sevilla, de 30 de octubre de 2003.

sAP de Madrid, de 3 de diciembre de 2003.

sAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2003.

sAP de Madrid, de 13 de diciembre de 2004.

**COMUNITARIA**

sTJCE, de 9 de noviembre de 2004, asunto C- 203/02 , (The British Horseracing Board y otros y William Hill Organization Ltd); y Conclusiones de la Abogado General Christine Stix-Hackl presentadas el 8 de junio de 2004.

sTJCE, de 28 de abril de 2005, asunto C-31/04, (Comisión *vs.* Reino de España).

sTJCE, de 1 de junio de 2006, asunto C-169/05, (Uradex SCRL y Union Professionnelle de la Radio et de la Télédistribution (RTD), Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (BRUTELE)).

sTJCE, de 26 de Octubre de 2006 , asunto C-36/05, (Comisión *vs.* Reino de España).

## **OTROS PAISES**

Reino Unido *Universities UK v Copyright licensing Agency Limited, and Design and Artists Copyright Society Limited*, Copyright Tribunal Case núms. CT 71/00, 72/00, 73/00, 74/00 y 75/01. (Interim Decision, Final Decision, Final Order)

Estados Unidos *Basic Books, Inc. vs. Kinko's Graphics Corp.*, 758 Federal Supplement 1522, United States District Court for the Southern District of New York, de 18/03/1991.

*American Geophysical Union vs. Texaco, Inc.*, 60 Federal Reporter, 3rd Series 913; United States Court of Appeals, Second Circuit, de 07/12/1995.

*Princeton University Press vs. Michigan Document Services, Inc.*, núm. 94-1778, United States Court of Appeals, Sixth Circuit, de 12/02/1996.

---

**OTRAS FUENTES****ESPAÑA****- Textos prelegislativos: LPI 1987**

BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 14-1, de 24/11/1986, (Iniciativa).

BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 14-6, de 11/02/1987, (Enmiendas).

DS, Congreso de los Diputados, núm. 128, de 12/05/1987, (Comisión Educación y Cultura).

BOCG, Senado, núm. 94(c), de 7/09/1987, (Enmiendas).

DS, Senado, núm. 46, de 7/10/1987, (Pleno).

**- Documentos y textos prelegislativos: Ley 23/2006**

Borrador de noviembre de 2002 (diseminado bajo el título “Borrador de anteproyecto de Ley de reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”).

- Comentarios al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 29 de noviembre de 2002, del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.

- Escrito de alegaciones de la Asociación de Gestión de los Derechos Intelectuales (AGEDI), de 29 de noviembre de 2002. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.

- Escrito de alegaciones de la Asociación Española de Protección del Derecho de Propiedad Intelectual. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.

- Escrito de alegaciones de la Asociación Fonográfica y Videográfica Española, (AFYVE, actualmente PROMUSICAE). Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.

- Escrito de alegaciones del, Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO). Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID), Grupo de Bibliotecas y Propiedad Intelectual. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles (FAPAE). Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la Federación de Gremios de Editores de España (FGE) y Escrito de propuestas de la Federación de Gremios de Editores de España (FGE) a los artículos Octavo y Décimo Tercero. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la Motion Picture Association. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE). Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP). Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de observaciones de la Organización Profesional de Editores de Música (OPEM). Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Informe de la Dirección General del Libro Archivos y Bibliotecas, de la Dirección General de Cultura de la Generalitat Valenciana, sobre el Borrador del Anteproyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.

Borrador de enero de 2003 (diseminado bajo la rúbrica Anteproyecto de Ley

---

de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

- Escrito de alegaciones de Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID) al Proyecto de Reforma del TRLPI de enero de 2003. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escritos varios remitidos por diversos representantes de archivos, bibliotecas y universidades al Ministerio de Cultura. Accesibles en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.

Borrador de noviembre de 2004 (diseminado bajo la rúbrica: "Borrador de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva 2001/29/CE").

- Escrito de alegaciones de la Asociación de Revistas de la Información (ARI), de 19 de Noviembre de 2004. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la Asociación Española de Empresas de Seguimiento Información y Publicidad. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO). Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la Federación de Gremios de Editores de España (FGE), de 15 de noviembre de 2004. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de Hispanalux. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la International Confederation of Music Publishers. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.
- Escrito de alegaciones de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y Anexo de propuestas presentado por la SGAE al Borrador de Noviembre de 2004. Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección

## General de Propiedad Intelectual.

- Escrito de alegaciones de Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP). Accesible en el Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad Intelectual.

Borrador de diciembre de 2004 (diseminado bajo el título: “Borrador de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril”).

Dictamen 187/2005, de 10 de marzo de 2005, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril.

Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 44-1, de 26/08/2005.

- Informe del Letrado de la Comisión de Cultura, de 12/10/2005. Accesible en el Archivo del Congreso.

- Comparecencia de don Javier Gutiérrez Vicén, Director General de Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), acordada por la Comisión de Cultura, para informar en relación con el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 27 y ss.

- Escrito acompañando la citada comparecencia. Accesible en el Archivo del Congreso.

- Comparecencia de don Pablo Hernández Arroyo, Director de Servicios Jurídicos de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), acordada por la Comisión de Cultura, para informar en relación con el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de

abril, y de la Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 21 y ss.

- Comparecencia de doña Magdalena Vinent Gener, Directora General del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), acordada por la Comisión de Cultura, para informar en relación con el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En DS, Congreso de los Diputados, núm. 392, de 12/10/2005, pp. 12 y ss.

- Comparecencia de doña Patricia Riera Barsallo, Portavoz del Grupo "Bibliotecas y Propiedad Intelectual" de la Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID), acordada por la Comisión de Cultura, para informar en relación con el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. (219/000411). En DS, Congreso de los Diputados, núm. 393, de 18/10/2005, pp. 33 y ss.

- Escrito acompañando la citada comparecencia. Accesible en el archivo del Congreso.

- Comparecencia de don Rubén Sánchez García, Responsable de Control de Mercado de la Federación de Consumidores en Acción (FACUA), acordada por la citada Comisión, para informar en relación con el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En DS, Congreso de los Diputados, núm. 393, de 18/10/2005, pp. 27 y ss.

- Escrito acompañando la citada comparecencia. Accesible en el archivo

del Congreso.

- BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-44-10, de 30/11/2005, (Enmiendas e índice de enmiendas al articulado).

- BOCG, Senado, núm. II-53-c, de 21/04/2006, (Enmiendas).

## **COMUNIDAD EUROPEA**

### ***DDASI: Textos prelegislativos y documentos del Consejo***

- DDASI: Textos prelegislativos

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines de la Sociedad de la Información; COM (97) 628 final 97/0359 (COD), Bruselas 10/12/1997, pp. 1-40. (Incluye Memorándum - Exposición de motivos).

Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, CES1122/1998, (DO C 407, de 28/12/1998, pp. 30-33).

Informe sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (Procedimiento Hughes) - Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, de 28 de enero de 1999, (Ponente: Roberto Barzanti); Doc.PE 225.907/DEF - A4-0026/1999.

A4-0026/99 Resolución legislativa que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (COM(97)0628 - C4-0079/98 - 97/0359(COD)) 171 (DO C 150, de 28/05/1999, pp. 171-183).

Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM/99/0250 final - COD 97/0359, (DO C 180, de 25/06/1999, pp. 6- 14).



Posición común (CE) no 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO C 344, 01/12/2000, pp. 1-22).

Recomendación para la segunda lectura respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, de 6 de febrero de 2001, Doc. PE 298.368/DEF-A5-0043/2001

Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (9512/1/2000 - C5-0520/2000 - 1997/0359(COD)), (DO C 276, de 01/10/2001, pp. 121/123).

Dictamen de la Comisión con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE, sobre las enmiendas del Parlamento europeo a la posición común del Consejo sobre la propuesta de DDASI, COM(2001)170 final, Bruselas, 29/03/2001.

- DDASI: Documentos del Consejo

Doc. 7299/99. Resultado de los trabajos del Grupo "Propiedad intelectual" (Derechos de autor), 21/04/1999.

Doc. 9734/99. Nota de la Presidencia al Grupo "Propiedad Intelectual" (Derechos de autor), 30/06/1999.

Doc. 11435/99. Nota de la Secretaría del Consejo al Grupo "Propiedad Intelectual" (Derechos de autor), 30/09/1999.

Doc. 12166/99. Documento oficioso de la Presidencia al Grupo "Propiedad intelectual" (Derechos de autor), 22/10/1999.

Doc. 14238/99. Texto consolidado de la Presidencia al Grupo "Propiedad Intelectual" (Derechos de autor), 22/12/1999.

Doc. 5377/00. Resumen de los trabajos del Grupo "Propiedad Intelectual" (Derechos de autor), 20/01/2000.

Doc. 7179/00. Informe de la Presidencia al Comité de Representantes Permanentes (1ª parte), 28/03/2000.

Doc. 8695/00. Nota de la Presidencia al Consejo de Mercado Interior, 19/05/2000.

Doc. 8647/00. Informe de la Presidencia al Consejo de Mercado Interior, 22/05/2000.

Doc. 6099/01. Nota informativa sobre los resultados de la segunda lectura del Parlamento Europeo (Estrasburgo, 12-15 de febrero de 2001), 19/02/2001

### ***DBD: Textos prelegislativos***

Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección jurídica de las bases de datos, COM (92) 24 final, de 13/05/1992, pp. 1-80.

Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva relativa a la protección jurídica de las bases de datos, (DO C 19, de 25/01/1993, pp. 3 y ss.).

Propuesta Modificada de Directiva del Consejo sobre la protección de las bases de datos, COM(93) 464 final, de 04/10/1993, pp. 1-17.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 189B del Tratado CE. Posición Común del Consejo para la aprobación de una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de las bases de datos, Bruselas, 14/09/1995, SEC(95)1430 final, COD 393, de 14/09/1995.

Posición Común 20/95, aprobada por el Consejo el 10 de julio de 1995, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos. (DO C 288, de 30/10/1995, pp. 14-29).

Dictamen de la Comisión con arreglo a la letra d) del artículo 189 B del Tratado CE, sobre las enmiendas del Parlamento europeo a la posición común del Consejo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de las bases de datos, Bruselas, 10/01/1996, COM(1996) 2 final - COD 393.

Decisión relativa a la posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de las bases de datos, (DO C 17, de 22/01/1996, pp. 164-166).

### *Otros textos y documentos*

- Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC(2004)995, Bruselas, 19/07/2004. Y Contribuciones a la consulta pública abierta con ocasión de la publicación del citado documento. Accesibles en [http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt\\_consultations/library?l=/copyright\\_neighbouring/legislation\\_copyright&vm=detailed&sb=Title](http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/legislation_copyright&vm=detailed&sb=Title).

En especial las siguientes:

\* CRID (Centre de Recherche Informatique et Droit), Reply of the CRID —Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, de octubre de 2004.

\* EADP (European Association of Directory and Database Publishers), EADP response to the Consultation on the review of EU legislation on copyright and related rights.

\* EBLIDA (European Bureau of Library, Information and Documentation Associations), Response to the European Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC(2004) 995, 19.7.2004, de octubre de 2004.

\* National Consumer Council, Review of EC legal framework for copyright & related rights response to the European Commission by the National Consumer Council.

\* LACA (Libraries and Archives Copyright Alliance), Ref: LACA/BS 25 - Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights SEC(2004) 995 of 19.7.2004, de 25 de octubre de 2004.

\* SCONUL (Society of College, National and University Libraries), SCONUL's view of the EC review of the legal framework in the field of copyright.

- Resolución del Parlamento Europeo sobre un marco comunitario relativo a las sociedades de gestión colectiva en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, de 15 de enero de 2004, 2002/2274(INI)/A5-0478/2003.

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - i2010: bibliotecas digitales {SEC(2005) 1194} {SEC(2005) 1195}. COM/2005/0465 final.

- DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Bruselas, 12/12/2005. Y Contribuciones a la consulta pública abierta por la Comisión con ocasión de la publicación del Informe sobre la Directiva 96/9EC (*vid. supra*). Accesibles en [http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt\\_consultations/library?l=/copyright\\_neighbouring/database\\_consultation&vm=detailed&sb=Title](http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/database_consultation&vm=detailed&sb=Title).

En especial las siguientes:

\* EBLIDA (European Bureau of Library, Information and Documentation Associations), Response to the Commission on the evaluation of EU rules on databases, 9 de marzo de 2006.

\* eIFL.net (Electronic Information for Libraries), Re : First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Brussels, 12 December 2005, de 12 de marzo de 2006.

\* LACA (Libraries and Archives Copyright Alliance), DG Internal Market and Services Working Paper: First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, de 11 de marzo de 2006.

\* Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law. First Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of data-Bases – [Draft] Position Paper By the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law.

- High Level Expert Group on Digital Libraries, Summary Minutes of the 1st meeting, 27/03/2006. Accessible en [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/hleg\\_minutes/summary\\_minutes\\_hleg\\_1st\\_meet\\_en\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/summary_minutes_hleg_1st_meet_en_final.pdf).

## **ÁMBITO INTERNACIONAL**

### **OMC**

Informe del Grupo Especial de la OMC, de 15 de junio de 2000, WT/DS160/R

### **OMPI**

- Records of the Stockholm Conference, 1967. En especial, los siguientes documentos :

-Preparatory Documents: S/1.

- 
- Main Committee I Summary Minutes.
  - Main Committee I, Report
  - Main Committee II, Summary Minutes
  
  - Rapport du Directeur général de l'OMPI, Rappel historique de la préparation de la révision de la Convention de Berne, (1971), Le Droit d'Auteur, février 1971
  
  - Rapport Général, Actes de la Conférence de Paris, 1971, 22 juillet 1971.
  
  - Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un Programa de la OMPI para el Desarrollo, Documento WO/GA/31/11, de 27 de agosto de 2004. Accesible en [http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo\\_gb\\_ga/pdf/wo\\_ga\\_31\\_11.pdf](http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/wo_ga_31_11.pdf).
  
  - Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un Programa de la OMPI para el Desarrollo, Documento WO/GA/31/11 ADD, de 4 de octubre de 2004. En [http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo\\_gb\\_ga/pdf/wo\\_ga\\_31\\_11\\_add.pdf](http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/wo_ga_31_11_add.pdf).
  
  - Informe aprobado por la Asamblea General, Documento WO/GA/31/15, de 5 de Octubre de 2004, pp. 73 y 74. Accesible en [http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo\\_gb\\_ga/pdf/wo\\_ga\\_31\\_15.pdf](http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/wo_ga_31_15.pdf).
  
  - Primera Reunión Intergubernamental entre Períodos de Sesiones sobre un Programa de la OMPI para el Desarrollo, 11/04/2005-13/04/2005 (Ginebra, Suiza). En [http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting\\_id=7522](http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=7522).
  
  - Segunda Reunión Intergubernamental entre Períodos de Sesiones sobre un Programa de la OMPI para el Desarrollo, 20/06/2005-22/06/2005. Accesible en [http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting\\_id=8486](http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=8486).
  
  - Tercera Reunión Intergubernamental entre Períodos de Sesiones sobre un Programa de la OMPI para el Desarrollo, 20-/07/2005 -22/07/2005. En [http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting\\_id=8487](http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=8487).
  
  - Comité Provisional sobre propuestas relativas a un Programa de la OMPI para el Desarrollo, Primera Sesión, Ginebra, 20 a 24 de febrero de 2006, Accesible en [http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting\\_id=9643](http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=9643); y Comité Provisional sobre propuestas relativas a un Programa de la OMPI para el Desarrollo, Segunda sesión, Ginebra, 26 a 30 de junio de 2006, en,

[http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting\\_id=9766](http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=9766).

- Informe Provisional, Documento PCDA/4/3 Prov, de 29 de junio de 2007, pp. 31-32. Accesible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/pcda\\_4/pcda\\_4\\_3\\_prov.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/pcda_4/pcda_4_3_prov.pdf).

### **OMPI (Unión de Berna)/ UNESCO:**

- Recomendaciones de Washington, publicadas en OMPI, *Le Droit d'Auteur*, 1969.

- Informe del Grupo de Trabajo sobre la reproducción reprográfica de obras protegidas por el Derecho de Autor, celebradas en la Casa de la UNESCO, en París, los días 2-4 de mayo de 1973, en Examen de la posibilidad de elaborar un instrumento internacional relativo a la reproducción reprográfica de obras protegidas por el Derecho de autor, Documento B/EC/VI/2/-ICG/XII/2, por El Comité Ejecutivo de la Unión de Berna y el Comité Intergubernamental del Derecho de Autor, pp. 11 y 14 del Anexo.

- Informe del Grupo de trabajo sobre la reproducción reprográfica de obras protegidas por el derecho de autor, *Le Droit d'autor*, septiembre 1973.

- Recomendaciones realizadas por el grupo de trabajo respecto a la reprografía realizada con fines docentes, Informe del Grupo de trabajo sobre la reproducción reprográfica de obras protegidas por el derecho de autor, *Le Droit d'Autor*, septiembre 1973.

- Examen de la posibilidad de elaborar un instrumento internacional relativo a la reproducción reprográfica de obras protegidas por el derecho de autor, Documento de la Unión de Berna B/EC/VI/2) y de la UNESCO (Comité Intergubernamental de Derecho de Autor) ICG/XII/2, de 8 de noviembre de 1973.

- Resolución del Comité Ejecutivo de la Unión de Berna relativa a la reproducción reprográfica y Resolución 64 (XIII) de la UNESCO sobre la reproducción reprográfica de obras protegidas por el derecho de Autor, reproducidas como Anexo en Proyecto de Informe presentado por la Secretaría y aprobado por el Comité, Documento de la UNESCO, (Comité Intergubernamental del Derecho de Autor), ICG/XII/17, de 15 de febrero de

1974.

- Informe del Subcomité del Comité ejecutivo de la Unión internacional por la protección de las obras literarias y artísticas sobre la reproducción reprográfica y del Subcomité del Comité intergubernamental del derecho de autor sobre la reproducción reprográfica, reunidos en Washington 16-21 de Julio de 1975, reproducido en OMPI, *Le Droit d'Auteur*, Julio 1975, pp. 158-176 y en UNESCO, *Bulletin du droit d'auteur*, vol. IX, núm. 2/3, (1975), pp. 17-49.

- Ley tipo de Túnez sobre el derecho de autor para los países en desarrollo (con comentarios a su articulado), en Documento del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la protección de las obras artísticas y literarias (Unión de Berna) B/EC/XII/7 y Documento de la UNESCO (Comité intergubernamental de Derecho de Autor) ICG(1971)/II/11, de 6 de Octubre de 1977.

- Aplicación de los textos revisados en París en 1971 del Convenio de Berna y de la Convención Universal sobre Derecho de Autor respecto de los países en desarrollo, Documento del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la protección de las obras artísticas y literarias (Unión de Berna) B/EC/XII/8 y Documento de la UNESCO (Comité intergubernamental de Derecho de Autor) ICG(1971)/II/12, de 17 de octubre de 1977.

- Respuestas a la solicitud de informaciones relativas al acceso de los países de desarrollo a las obras protegidas de origen extranjero, Documento UNESCO/OMPI/WG.1/CWA/2 , de 28 de mayo de 1979.

- Informe del Grupo de trabajo sobre el conjunto de problemas que plantea a los países en desarrollo el acceso a las obras protegidas según los convenios sobre derecho de autor, Documento de la OMPI y de la UNESCO: UNESCO/OMPI/WG.I/CWA/4, de 31 de julio de 1979. También reproducido en UNESCO, *Bulletin du Droit d'auteur*, vol. XIII, núm. 3, 1979.

- Recomendaciones publicadas en 1979 por el *Grupo de Trabajo sobre el conjunto de problemas que plantea a los países en vías de desarrollo el acceso a las obras protegidas*, *Rapport, Bolletin du Droit d'auteur*, (1979), XIII, 3,

- Sugerencias para la aplicación del sistema de licencias de traducción y de reproducción para países en desarrollo según los convenios de derecho de autor, Grupo de Trabajo sobre la formulación de principios de orientación sobre el sistema de licencias de traducción y de reproducción para países en desarrollo según los convenios de Derecho de Autor; Informes de reuniones;

UNESCO, *Boletín de Derecho de Autor*, 1983.

## UNESCO

- Informe introductorio redactado por la Secretaría de la UNESCO, Conferencia de Revisión de la Convención Universal sobre Derecho de Autor, 1971, Doc. INLA/UCC/4, de 21 de mayo de 1971.

- Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Internacional, 1971. En especial los siguientes documentos:

- *Informe Kaminstein*, Actas de la Conferencia de Revisión de la Convención Universal de Derecho de Autor, 1971.

- Actas resumidas

- Carta sobre la preservación del patrimonio digital, de 15 de octubre de 2003. Accesible en <http://portal0.unesco.org/es>

- Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo, 2006.

## OTROS PAÍSES

### Alemania:

- Declaración de Göttingen sobre Copyright para la Educación y la Investigación (Göttinger Erklärung zum Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft vom 5. Juli 2004, (The Göttingen Declaration on Copyright for Education and Research of 5 July 2004)).

Accesible en <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/index.html.en>.

### Bélgica:

- Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Dossier legislativo:

- DOC 51 1137/001, Chambre des Représentants de Belgique : Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits



voisins dans la société de l'information, 17/05/2004.

- DOC 51 1137/005, Chambre des Représentants de Belgique, 9/11/2004, (Amendements).
- DOC 51 1137/008, Chambre des Représentants de Belgique, 11/01/2005, (Amendements).
- DOC 51 1137/010, Chambre des Représentants de Belgique, 18/01/2005,
- DOC 51 1137/013, Chambre des Représentants de Belgique, 23/02/2005, Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture par M. Guy Hove.

Carta de noviembre de 2003 dirigida a Mme Moerman, ministra de Economía, firmada por P. de Maret, presidente del Cref (*Conseil des Recteurs des universités francophones de Belgique*).

#### **Francia:**

- Dossier legislativo de la Asamblea Francesa sobre el *Projet de Loi* relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/031206.asp>), en particular los siguientes documentos :

- *Projet de Loi* relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, de noviembre de 2003, núm. 1206, de 12/11/2003.
- Rapport núm. 2349 fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur le *Projet de Loi* relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, par M. Christian Vanneste, de 01/06/2005.
- Rapport núm. 308, fait au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, par M. Michel Thiollière, Sénateur, de 12/04/2006.
- *Projet de Loi* modifié par le Sénat relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, núm. 88, de 10/05/2006.
- Rapport déposé par M. Christian Vanneste rapporteur, sous le núm. 3185 à l'Assemblée nationale et par M. Michel Thiollière rapporteur, sous le núm. 419 au Sénat, de 22/06/2006.
- Amendements déposés sur le texte núm. 1206, accesible en

[http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/amendements/adts\\_1206.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/amendements/adts_1206.pdf).

- Déclaration commune sur l'utilisation des œuvres et objets protégés par la propriété littéraire et artistique à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche, de 15/01/2005. Accesible en en

[http://ia39.ac-besancon.fr/BaseIA/version2/pages/page\\_menu/ia2004.php?menu=com&page=4](http://ia39.ac-besancon.fr/BaseIA/version2/pages/page_menu/ia2004.php?menu=com&page=4)

- Accords sectoriels sur l'utilisation des œuvres protégées à des fins d'enseignement et de recherche, publicados en el Bulletin officiel du Ministère de l'éducation nationale núm. 5, de 01/02/2007, accesibles en

<http://www.education.gouv.fr/bo/2007/5/MENJ0700078X.htm>.

En particular, los siguientes:

-Accord sur l'utilisation des livres et de la musique imprimée à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche.

-Accord sur l'utilisation des publications périodiques imprimées à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche.

-Accord sur l'utilisation des œuvres des arts visuels à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche.

### **Estados Unidos:**

- Guidelines on Multiple Copying for Classroom Use (Classroom Guidelines), en House of Representatives, Report núm. 94-1476, 1976.

- Guidelines For Educational Uses of Music, en House of Representatives, Report, núm. 94-1476, 1976.

- Guidelines for Off-Air Recording of Broadcast Programming for Educational Purposes de 1981, reproducidas en el House Report on Piracy and Counterfeiting Amendments (House of Representatives, núm. 495, 97th Congress, 1st Session) y reimpresas en la Circular 21: Reproductions of Copyrighted Works by Educators and Librarians (1992) de la Oficina de Copyright de EE.UU., en <http://www.copyright.gov/circs/circ21.pdf>

- United States, Copyright Office, Report on Digital Distance Education, 1999. Accesible en [http://www.copyright.gov/reports/de\\_rppt.pdf](http://www.copyright.gov/reports/de_rppt.pdf).

- Textos prelegislativos relativos a la Technology, Education, and Copyright

---

**Harmonization Act:**

- Senate, 107th, 1st Session, Congress Records S. 2008, de 07/03/2001, (Bill introduced).
  - Senate, 107th, 1st Session, Report 107-31, de 05/06/2001.
  - House of Representatives, 107<sup>th</sup> Congress 2<sup>nd</sup> Session, Report 107-687, de 25/09/2002
- 
- United States Patent and Trademark Office, Report on Technology to Protect Digitized Copyrighted Works: a report to Congress, 2003.  
Accesible en <http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/teachreport.pdf>
  - Copyright Committee, Advice on the implementation of the EC Directive copyright and related rights in the information society, julio 2001, [[http://justitie.nl/Images/11\\_7843.doc](http://justitie.nl/Images/11_7843.doc), últ. vis. enero 2005; actualmente accesible vía <http://www.archive.org> ].



