

OMPI



WCT-WPPT/IMP/1

ORIGINAL: Francés

FECHA: 3 de diciembre de 1999

S

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

GINEBRA

**TALLER SOBRE CUESTIONES DE APLICACIÓN DEL
TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR (WCT)
Y EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN
Ejecución y Fonogramas (WPPT)**

Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR
Y LOS DERECHOS CONEXOS

*Estudio presentado por el Profesor Pierre Sirinelli,
de la Universidad París I
(Panthéon-Sorbonne)*

ÍNDICE

	<u>Página</u>
<u>Introducción</u>	1
NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN	1
IMPRECISIÓN Y VAGUEDAD SEMÁNTICA	2
EXCEPCIONES Y LIMITACIONES	2
<i>PRIMERA PARTE :</i>	
LAS LIMITACIONES INTERNAS A LA PROPIEDAD AD LITERARIA Y ARTÍSTICA ...	3
1. Fisionomía general del derecho positivo	3
A. Las bases internacionales.....	4
I. SOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR.....	4
II. SOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS CONEXOS O AFINES ..	7
B. Las preguntas fundamentales.....	10
I. ¿QUÉ?.....	10
a) <i>Diversidad de las soluciones previstas</i>	11
b) <i>Ejemplos de excepciones previstas</i>	13
Copias privadas	13
Utilizaciones de carácter público	15
Citas	15
Excepciones con finalidades didácticas	16
II. ¿CÓMO?.....	19
a) <i>Elección de la técnica legislativa</i>	19
b) <i>Ventajas e inconvenientes del denominador en un sistema abierto</i>	20
c) <i>Ventajas e inconvenientes del denominador en un sistema cerrado</i>	21
III. ¿POR QUÉ?	24
a) <i>Fundamentos basados en razones de orden práctico</i>	25
Primer argumento: la designación	25
Segundo argumento: el autor debe tolerar los actos necesarios del utilizador	26
Tercer argumento: ausencia de perjuicio económico	26
b) <i>Fundamentos basados en razones de orden social</i>	27

2.	Evolución posible en materia de excepciones	29
I.	LO QUE SE ESPERA DE UNA AARMONIZACIÓN	29
II.	FISIONOMÍA DE LAS EXCEPCIONES FUTURAS	30
A.	La copia privada digital	30
	<i>a) Las soluciones posibles</i>	31
	<i>b) Las dificultades de aplicación de una “compensación equitativa”</i>	32
B.	La “copiatécnica”	33
	<i>a) Diversidad de las copiatécnicas</i>	34
	<i>b) Necesidad de distinguir entre copia e ímagen y copia temporal (“caches” y “browsing”)</i>	35
 <i>SEGUNDA PARTE:</i>		
	LAS LIMITACIONES EXTERNAS	36
1.	Correctivos al ejercicio normal del derecho	37
	Abuso de derecho	37
	Protección del consumidor	37
	Ejercicio de la libre competencia	38
	Derechos de la personalidad	38
2.	Limitaciones que resultan de la consideración del interés general	39
A.	El respeto del interés general	39
B.	Influencia de los derechos humanos	40
 Observaciones finales		
		45

Introducción

Estudiar las excepciones a los derechos de autor y derechos conexos equivale, en negativo, a delinear los contornos de la propiedad intelectual y artística e indirectamente a explicitar su fundamento y filosofía. De hecho, la mayoría de las veces así es como se concibe toda esta cuestión. El presente estudio, naturalmente más modesto, se limitará a examinar las restricciones a las prerrogativas de los derechohabientes.

NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN

Aunque limitado, no puede decirse sin embargo que este objetivo carezca de interés ya que se ve evidente que en aras de serviría a intentar armonizar los sistemas abordando exclusivamente el contenido de las prerrogativas acordadas a los derechohabientes si se dejan de atender las limitaciones que conviene aportarles. La revolución digital obliga a planearse nuevamente a algunas cuestiones en vista de que la explotación de las obras sin limitación de fronteras es ya un hecho incuestionable. Los nuevos medios tecnológicos, que han permitido superar el espacio y el tiempo, hacen que la utilización de las obras no se limite a un territorio o zona lingüística. De todos modos, muchas obras (musicales, imágenes, estatuas, cuadros, obras utilitarias...) no dependen del idioma que hablen las personas a las que están dirigidas. Las otras, gracias a la capacidad de almacenamiento o de transmisión que ofrece el soporte digital pueden proponerse simultáneamente en varios idiomas.

Encontrar una base común a las reglas aplicables ha llegado a ser por lo tanto una necesidad. Tres son los principales acuerdos multilaterales que, en el plano internacional, tienen por objeto asegurar la protección de los derechos de autor y de los derechos conexos, a saber: el Convenio de Berna del 9 de septiembre de 1886 y el Acta de París del 24 de julio de 1974 sobre la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (véase también el Convenio universal sobre los derechos de autor firmado en Ginebra el 6 de septiembre de 1952); la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecho en Roma el 26 de octubre de 1961; y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) del 15 de abril de 1994.

El examen de toda esta cuestión que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual estimó útil realizar, condujo a la adopción de los Tratados del 20 de diciembre de 1996: uno, sobre Derechos de autor y otro sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. No obstante, esta labor básica de reflexión (que debería haber abarcado también los convenios anteriores) no abordó sino parte del asunto, a saber, el de las prerrogativas reconocidas. La Comisión de Comunidades Europeas, que utiliza a estos trabajos y se beneficia de "lo conseguido por las comunidades" se ha propuesto emprender esta armonización (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 en su versión (última) del 21 de mayo de 1999), abordando tanto la cuestión de las prerrogativas acordadas como la de las excepciones. Es cierto que ambos aspectos están estrechamente vinculados, tanto desde una óptica positiva (lo que se concede) como desde una óptica negativa (lo que debe tolerarse). Lo anterior es tan cierto que algunas veces y no se sabe cuántas la óptica que se ha considerado. Así, en lo que respecta a la fijación provisional de excepciones, los textos en elaboración prevén establecer la regla de que esos actos escapan al monopolio del autor (véase más adelante). No obstante, desde un punto de vista jurídico esta solución de carácter práctico puede considerarse desde dos ángulos

diferentes: o bien se habla de una excepción al derecho de reproducción (prerrogativa que se refiere al acto realizado pero que se eclipsa por ciertas razones); o bien se afirma que este derecho no se pone en tela de juicio (el acto realizado, por naturaleza, no queda incluido en el ámbito de los derechos de autor). En la práctica, el resultado es el mismo para el sujeto que utiliza una obra, pero, en aras de la coherencia en materia de derecho, es importante determinar cuáles la vía por la que se ha llegado a la solución aplicada.

IMPRECISIÓN Y VAGUEDAD SEMÁNTICA

Notodos los sistemas jurídicos utilizan el término “excepción”. Se encuentra así en Bélgica y en la propuesta de Directiva comunitaria sobre los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información (artículo 5). El mismo concepto es designado con otros términos en otros países: en Alemania y en España se utiliza el término “límites”; en Suecia, Grecia y Estados Unidos, el de “limitaciones”; en Suiza se habla de “restricciones”; en el Reino Unido de “actos autorizados”, en Portugal el 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...”!!!

En realidad, el estudio encargado al autor de estas líneas no aborda sino los actos realizados por los usuarios de obras que podrían escapar al derecho exclusivo del derecho habiente. No obstante, la imprecisión terminológica es interesante pues invita a interrogarse acerca de la manera como se ha ido elaborando la problemática en cuestión. No es posible estudiar las excepciones a los derechos de autor y a los derechos conexos (o afines) sino se comprende el equilibrio general entre estas dimensiones de la propiedad intelectual.

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

Es imposible abordar la cuestión de las excepciones a los derechos de autor y derechos conexos sin ubicarla en el marco más amplio de los límites a estos derechos; entendiéndose “límites” y aseando como “fronteras” o “restricciones” o como “excepciones”. Cada una de estas nociones designa de hecho un parámetro fundamental en esta materia. En los tres casos se trata de determinar el campo de la prerrogativa de oposición que corresponde a la propiedad intelectual. Las fronteras persiguen fijar los límites entre la “zona reservada” y la de libre disposición. Se trata de entender lo que por naturaleza queda incluido en el ámbito de la protección. En lo que respecta a los derechos de autor, permite determinar que por lo general solamente las creaciones de forma originales pueden beneficiarse de la protección. Se trata pues de marcar la zona reservada. Por su parte, las restricciones o excepciones fijan los límites internos de esta cuestión y se refieren más bien a los actos relativos a los elementos que quedan protegidos. Se trata entonces de delimitar lo que escapa a la zona reservada naturalmente y que debe ser tolerado por los derecho habientes. Suele suceder que se designen como “excepciones” las decisiones legislativas que sustraen determinadas creaciones de forma originales al monopolio del derecho habiente (ilustraciones, textos legislativos o sentencias judiciales) pero, fundamentalmente, de lo que se trata es de determinar la utilización que se hace de los elementos protegidos que no requieren autorización o remuneración.

Esta perspectiva más amplia trasciende el marco estricto del presente estudio y no se profundizará, pero será necesario tenerlas siempre presentes ya que permite comprender que la construcción general reposa en realidad en un equilibrio que no es evidente entre los

parámetros mencionados. Lo anterior incita también a la prudencia pues no se puede reglamentar uno de los parámetros independiente del contenido de los otros. Así, y sin anticiparlo que se tratará más adelante, no cabe sino hacernos notar que la inclusión (puesta en tela de juicio por algunos pues no parecen natural) en el ámbito de lo protegido de ciertas creaciones de carácter utilitario como los programas informáticos, muy pronto se acompañó de limitaciones importantes a las prerrogativas de los derechohabientes.

Por último, hay que estar conscientes de que aunque con frecuencia los derechos de autor se han proclamado “propiedad sagrada”, no se ha dicho que su soberanía es absoluta ni que en consecuencia cualquier otro derecho debe eclipsarse en su favor. Por el contrario, los derechos de autor llevan en sus propias limitaciones y, en su calidad de derecho especial, deben inscribirse armoniosamente en todo el sistema jurídico, es decir, también deben plegarse a la lógica de los Principios Generales del Derecho. Para tomar uno de los métodos propuestos por los organizadores de esta reunión, se abordará aquí sucesivamente los límites internos (Primera Parte) y los límites externos (Segunda Parte), aunque a menudo uno y otros límites se justifican sobre la base de los mismos argumentos.

PRIMERA PARTE:

LAS LIMITACIONES INTERNAS A LA PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA

Atendiendo a la necesidad de precisar la terminología, sería indudablemente conveniente hablar de “limitación” cuando se está en presencia de un derecho de retribución y de “excepción” cuando dejáramos existir los derechos de autor o los derechos conexos. Sin embargo, el pesode la costumbre es tal y tan importante la diversidad de las normativas, que ambos términos se suelen emplear indiferentemente para designar las restricciones a un derecho exclusivo —que es la regla general en materia de derechos de autor. Su infracción sin embargo no tienen la misma amplitud ni las mismas consecuencias. En todo caso, es conveniente distinguir claramente los casos hipotéticos de restricciones (compensadas por un derecho de retribución), denominadas a veces “licencias”, de los casos de gestión colectiva, incluso obligatoria (pese a los que piensan algunas mentes maliciosas).

La cuestión fundamental radica en determinar si la delicada construcción elaborada en el siglo XIX sigue siendo pertinente; o si habría que volver a pensar todo el asunto, sobre todo en razón de la “revolución digital”. Para dirimir este asunto hay que proceder por etapas. En primer lugar, habría que tratar de aislar la fisonomía general del derecho positivo (véase más adelante). Después, habría que determinar los posibles puntos de convergencia para una futura elaboración común.

1. Fisonomía general del derecho positivo

Resulta imposible en el marco de este estudio tener una visión exacta de los diferentes sistemas de excepciones vigentes en el mundo. Un trabajo de tesis no conseguiría agotar la materia porque, fuera de la normativa, habría que entender cómo se aplica efectivamente cada uno de los sistemas. Lo anterior habría que agregar que la “sedimentación” de las reglas, resultante de las sucesivas intervenciones legislativas y de la acción de los grupos de presión, hace difícil la comprensión de dichos sistemas a primera vista. Cuanto más antigua es la ley fundamental en un país tanto menos coherente o justificado parece el conjunto en una primera lectura. Son más bien las líneas generales las que se pueden exponer. La visión resultante puede ser catalogada de miope, pero al menos consigue presentar los rasgos fundamentales

del asunto. De hecho, para poder abordar una unificación en estas materias hay que comprender: (A) lo que en el plano internacional constituye hoy la base común, y (B) limitarse a responder sólo a algunas de las cuestiones fundamentales.

A. Las bases internacionales

Se trata aquí de intentar determinar en qué consiste el mínimo común establecido por los diferentes tratados o convenios sobre esta materia. Lo menos que se puede decir es que dicha base común no es muy amplia lo que explica la gran diversidad de resoluciones nacionales. Es incluso difícil encontrar resoluciones “transversales”, aplicables del mismo modo a las diferentes prerrogativas atribuidas a los autores y titulares de derechos conexos. Pese a que una presentación de este tipo esté justificadamente en vías de desaparición (véase la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines de la Sociedad de la Información), se abordarán en este estudio someramente: I) las resoluciones actuales en materia de derechos de autor, y seguidamente II) las resoluciones aplicadas en el campo de los derechos conexos o afines.

I. SOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR

El punto de partida será el Convenio de Berna; luego se expondrán sucintamente los tratados adoptados con posterioridad.

El Convenio de Berna impone pocas soluciones a los Estados miembros como lo demuestra el texto de sus diferentes disposiciones que comienzan con la frase siguiente: “*Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de ...*”. La numeración de las disposiciones del Convenio muestra además claramente que dicho texto, al igual que muchas legislaciones nacionales, se fue elaborando por etapas, hecho del que se deriva lo difícil que resulta encontrar una solución común a las prerrogativas y también lo difícil que ha sido conservar una cierta coherencia. Lo anterior nos sorprende puesto que el esfuerzo ha sido dirigido a encontrar paulatinamente soluciones admisibles para todos. Es sin embargo evidente que el sector especializado resulta muy difícil de orientar en el ámbito de estas disposiciones.

En lo que se refiere al derecho de reproducción, la normativa de base figura en los artículos 9, 10, y 10bis¹ que se presentan a continuación:

“Artículo 9

1) *Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.*

¹ A reserva de la cuestión de las licencias obligatorias en favor de los países en desarrollo.

- 2) *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 de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*
- 3) *Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.*

Artículo 10

- 1) *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.*
- 2) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Areglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne 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 esa utilización se conforme a los usos honrados.*
- 3) *Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor si este nombre figura en la fuente.*

Artículo 10bis

- 1) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicarse siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en que se reclama la protección.*
- 2) *Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o del cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de servir a su oídas en el curso de la contención.” [Nota del traductor: En el presente documento, las citas que aparecen en cursivas y entre comillas corresponden a la traducción oficial de las mismas.]*

Dele estudio general de las disposiciones del Convenio de Berna se desprende que éste impone un cierto número de excepciones de carácter obligatorio en lo que concierne a las noticias del día, los sucesos del día y las citas (artículos 10.1 y 10.3). En cuanto a lo demás, el Convenio autoriza a los Estados miembros para que adopten varias excepciones (facultativas),

concretamente, las que se refieren a la reproducción realizada con propósitos de información y educativos. Dichas excepciones son aplicables a la mayoría de los derechos pero remiten a "las normas" en lo que respecta a la fijación de límites. Por ello, estos textos autorizan exclusivamente a las utilidades que corresponden a los casos previstos y que se compadecen con los usos honrados. El Convenio entonces no se aplica sino para obligar a los países que hacen uso de esta facultad a subordinar la libertad acordada a la observancia de un cierto número de condiciones.

El artículo 9.2 del Convenio de Berna autoriza además a los Estados miembros a limitar el derecho de reproducción en "determinados casos especiales". Dichas facultades inscriben en el embargo, en un marco que permite limitar su efecto sobre los derechos de los autores o los derechos de los herederos. Así, es preciso que la reproducción tolerada en estas condiciones "no atente a la explotación normal de la obra en perjuicio injustificado de los intereses legítimos del autor". La fórmula, que podría parecer vaga aun en la materia, saca justamente la fuerza que tiene de esta flexibilidad suya. Las tres condiciones acumulativas que imponen para que se acepte una excepción al derecho exclusivo se conocen hoy con el nombre de la "prueba en tres etapas".

Las excepciones al derecho exclusivo vinculadas a la representación se parecen bastante a las que se admiten en materia de reproducción (necesidad de informar, enseñanza...). No obstante, la libertad de utilización en el ámbito privado parece admitirse más ampliamente (por interpretación de los textos que se refieren a la representación pública) que los "casos especiales", introducidos en 1971 al apartado 2 del artículo 9, que no conciernen sino a una única reproducción.

La "prueba en tres etapas" constituye indudablemente uno de los elementos cruciales que harán posible las construcciones futuras. Desde esta perspectiva, no cabe sino regocijarse de que esta prueba haya sido aplicada en el Acuerdo sobre los ADPIC a todas las excepciones a los derechos de autor (véase más adelante).

En efecto, el artículo 13 del mencionado texto (intitulado "Limitaciones y excepciones") dispone que: "Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra en perjuicio injustificado de los intereses legítimos del titular de los derechos".

La misma solución se adoptó en el artículo 10 (también titulado "Limitaciones y excepciones") del Tratado de la OMPI de fecha 20 de diciembre de 1996, relativo a los derechos de autor. En efecto, en este texto se precisa que:

"1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra en un perjuicio injustificado de los intereses legítimos del autor.

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

Ciertamente, estos nuevos textos no aportan precisiones sobre cuáles deberían ser las excepciones admisibles. Se puede incluso dudar de que favorezcan una eventual armonización ya que parecen reconocer a las partes contratantes la facultad de conservar y definir nuevas excepciones y limitaciones apropiadas al soporte digital, en la medida en que éstas se conformen con las estipulaciones del Convenio de Berna. Pero, por lo menos tienen el mérito de generalizar un modo de razonamiento y de imponer a los Estados una lectura (y enmienda) de su legislación, en función de esta nueva norma de referencia de carácter general que constituye la citada “prueba en tres etapas”.

II. SOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS CONEXOS O AFINES

Las limitaciones aplicables a los derechos conexos que contempla la Convención de Roma del 26 de octubre de 1961 parecen más amplias, sobre todo en lo que se refiere a la utilización para uso privado; la utilización de breves fragmentos con motivo de información sobre sucesos de actualidad; de la fijación efímera realizada por un órgano de radiodifusión, y de la utilización a fines exclusivamente docentes o de investigación científica. Por lo demás, en lo que respecta a los derechos de autor, las excepciones admitidas deben considerarse aplicables también a los derechos conexos: no se entendería que una obra que escape al monopolio de su autor deba requerir la autorización del titular de los derechos conexos. Fuera de ello, la Convención no contempla ninguna norma de referencia; ninguna de sus disposiciones remite a una consideración de los efectos de las excepciones como la que existe en el artículo 9.2 (“prueba de las tres etapas”) del Convenio de Berna.

El Acuerdo sobre los ADPIC que contribuiría a generalizar esta prueba al extenderla a todas las excepciones o restricciones a los derechos de autor, no prevé en ninguna parte una medida similar relativa a los derechos conexos. El tratado de la OMPI del 20 de diciembre de 1996 sobre interpretación o ejecución y fonogramas, no citan ninguna excepción particular pero, y esto es un gran progreso, imponen la “prueba de las tres etapas” a todas las excepciones relativas a los derechos conferidos a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas (artículo 16). Al igual que en el caso de los derechos de autor, esta disposición facultaba a las partes contratantes para mantener y establecer nuevas excepciones y limitaciones apropiadas al soporte digital siempre que *“no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor del fonograma.”*

La búsqueda de “una base común” es pues una tarea bastante delicada.

No obstante cabe preguntarse si, con base en los Acuerdos sobre los ADPIC y en los principios sólidamente establecidos de una protección internacional, no correspondería pensar en soluciones más directivas puesto que los objetivos que se persiguen son los mismos. Los esfuerzos desplegados en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX tendían a imponer el reconocimiento de la propiedad intelectual en el mundo y conseguir que el mayor número posible de Estados fueran parte del Convenio. Hoy en gran medida esto se ha alcanzado. Actualmente lo que preocupa es tanto la protección sino el establecimiento de un mínimo de armonización. Desde este punto de vista, es interesante señalar que, en la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, se opta por una técnica que consiste en hacer obligatorias ciertas soluciones (artículo 5.1) y facultativas a las soluciones para las cuales la unificación es menos

urgente; aunque sin embargo los Estados miembros sólo pueden elegir las soluciones que se proponen en una lista cerrada (artículos 5.2 y 5.3).

En su versión del 21 de mayo de 1999 el texto de ese artículo es el siguiente:

“Artículo 5

Excepciones a los actos restringidos contemplados en los artículos 2, 3 y 4

1. *El derecho previsto en el artículo 2 no se aplicará a los actos de reproducción temporal que se refieren al artículo 2, tales como los actos de reproducción transitorios y accesorios, cuando formen parte integrante e indispensable de un proceso tecnológico, incluyendo aquéllos que faciliten el funcionamiento de los sistemas de transmisión, cuya única finalidad consista en facilitar el uso de una obra u otro trabajo, y que no tengan por sí mismas una significación económica independiente.*

2. *Los Estados miembros podrán establecer limitaciones del derecho exclusivo de reproducción previsto en el artículo 2 en los siguientes casos:*

a) *en relación con reproducciónes sobre papel u otros soportes similar, con la excepción de ediciones de obras musicales, en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, siempre que los derechos habientes reciban una compensación equitativa;*

b) *en relación con reproducciónes en soportes analógicos de grabación sonora, visual o audiovisual efectuadas por una persona física para un uso privado exclusivamente personal y sin fines lucrativos, siempre que los derechos habientes reciban una compensación equitativa;*

b)bis. *en relación con las reproducciones en soportes digitales de grabación, sonora, visual o audiovisual efectuadas por una persona física para un uso privado exclusivamente personal y sin fines lucrativos, si no perjudica el uso de medios técnicos operativos, fiables y eficaces para proteger los intereses de los derechos habientes; de cualquier modo debe garantizarse una compensación equitativa a todos los derechos habientes por toda copia digital privada;*

c) *en relación con actos específicos de reproducción efectuados con fines de archivo o conservación por organismos que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto, como en particular las bibliotecas y los archivos, y otras instituciones pedagógicas, educativas o culturales;*

d) *cuando se trate de fijaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones.*

3. *Los Estados miembros podrán establecer limitaciones a los derechos que se refieren en los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:*

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, siempre que los derechos habientes reciban una compensación equitativa;*

b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada;

c) cuando se utilicen extractos en conexión con la información sobre acontecimientos corrientes, siempre que se indique la fuente y, si fuera posible, el nombre del autor, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa así como para la ilustración de la contención de que se trate;

d) cuando se trate de citas con fines de crítica o revisión, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o trabajo que se haya puesto a disposición legalmente al público, se indique la fuente y, si fuera posible, el nombre del autor, y se haga un buen uso de las mismas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de un procedimiento administrativo, parlamentario o judicial, o para asegurar una cobertura adecuada de dicho procedimiento;

3.bis Cuando los Estados miembros puedan prevenir excepciones al derecho de reproducción en virtud de los apartados 2 o 3, podrán igualmente prevenir excepciones al derecho de distribución previsto en el artículo 4, en la medida en que éstas estén justificadas por el objetivo de la reproducción permitida.

4. Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 3bis 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 en una manera contraria a la explotación normal de sus obras u otros trabajos afines.”

Si no entrara comentarse en detalle de cada una de estas disposiciones se podría hacer algunas observaciones a este texto.

En primer lugar hay que señalar que en el artículo 4 se hace referencia a una “prueba en tres etapas” que constituye la norma de referencia ineludible.

En segundo lugar, conviene señalar que la labor de reflexión trata de conseguir un máximo de generalización puesto que la citada Directiva trata conjuntamente los derechos de autor y los derechos conexos.

En tercer lugar, que es ese fuerza de generalización abarca también las prerrogativas de que se trata puesto que en el artículo 5.3 se intenta encontrar soluciones comunes a todos los derechos cada vez que esto es posible (véase el artículo 5.2 para las excepciones propias al derecho de reproducción).

En el fondo, el convenio ideal (sueño de un universitario entusiasta) consistiría en un tratado que permita una presentación “embudo”, es decir, primeramente los principios que pueden ser comunes a las dos ramas de esta disciplina (derechos de autor y derechos conexos) y, seguidamente, los principios que podrían aplicarse a todas las prerrogativas previstas; y sólo al final la solución específica para particulares. Todo este conjunto quedaría bajo el “capitel” de una medida única: la prueba en tres etapas.

Estemétodotendríaquizáselinconvenientededificultarlatareaaquienbusqueuna soluciónenunaúnicalecturaperopresentaríaenormeve ntajadeimponerlíneasdirectrices ypresentarunmáximodelógicaycoherencia.

B. Las preguntas fundamentales

Cadaunodelossistemasjurídicosexistentessehaelaboradobuscandounequilibrio entretresfinesdecaráctersocial.Primerolapreocupacióndeaseguraralautoruna recompensaomediosdesubsistenciapuestoqueaélleperteneceelógicamenteelderecho de serpropietariodelproductodesutrabajoyellotantomáscuantoqueenestacuestiónlaobra llevalahuelladesupersonalidad; encasodequeestajustificaciónnobastara,habríaque añadirlafuncióndeestímuloquetieneelderechodepropiedadindividualconefectosmuy positivosque,indirectamente,permitenelenriquecimientodelpatrimoniodelahumanidad. Segundo,existet ambiéndeasegurarlaproteccióndelasinversionesrealizadas, preocupaciónnotanfuertecomolaanteriorperoqueexisteynosepuedeeludir.Porúltimo, hayquetenerencuentauntercerobjetivoqueesladefensadelinteréspúblico,preocup ación queporotrapartecubrerrealidadesdiferentesyenevoluciónperoqueesnecesarioteneren cuentayqueeslaproclamaciónactualdelasatisfaccióndelasnecesidadesdelosusuarios.

Enciertossistemas,estaspreocupacionesaparecenclaramente expuestascomoocurre conelDerechodelosEstadosUnidos.Pero,porencimadeldeseoexplícitodeatenderaestos objetivos,pareceque“elequilibriodeintereses”estámuypresenteentodoslossistemas, sobretodocuandoelderechodeautor seligaa lderechodepropiedadconsagradoenla Constitución.Loqueenrealidadcambia,ystadiferenciaesmuyimportante,esellugaren queestáelpuntodeequilibrio,esdecir,elcentrodegravedadelsistema.Estáclaroqueel ámbitodelasexcepcionesd elosderechosdeautoresunodeloselementosreveladoresdel equilibriooporendedelafilosofíadelsistema.

Dehecho,interrogarsesobreloslímitesdelderechodeautor ydelosderechosconexos equivaleatratarde responderatrespreguntasfundamentales:1)¿qué?;2)¿cómo?;y 3)¿por qué?Elprocesonaturaldelintelctodeberíaconduciraformularsimultáneamentelas preguntas¿qué?y¿porqué?.Ellegisladorpuedeplantearseentoncesidebeoointervenir mientrasqueel¿cómo?apuntaa unacuestiónmástécnicayquecorrespondeconmás propiedadalalaborlegislativa.Sinembargo,enlamedidaenqueaquísólosetratadeuna lecturaaposterioriypuestoqueunestudiocomoelpresentenopuedeserdeningúnmodo exhaustivo,estasinterrogantesserántratadasenotroordenylarespuestaalapregunta¿por qué?conduciráaabordarnuevasoluciones.

I. ¿QUÉ?

Setrataríaderesponderalapregunta:¿quéexcepcionesdebenadmitirseycuálesson lasqueyafiguranenlasdiferenteslegislacionesnacionales?

Noesposibleprocederaquíaunasíntesisyaquelaflexibilidaddelostextos internacionalesharesultadoenunagrandiversidaddeexcepciones,algunaspintorescascomo ladeuntextoitaliano relativoalasbandasmilitares. Laideageneralquecompartenlos diferentes sistemasesladequesibiennocabedudadequedebenexistirexcepcionespara permitiruneequilibriointernoenestamateria,apriori,elprincipiofundamentalcontinúa siendoeldelderechoexclusivo.

Lo demás es menos preciso. En el presente estudio, después de exponer someramente en a) la diversidad de resoluciones, en la parte b) se presentarán brevemente algunas excepciones.

a) *Diversidad de las resoluciones previstas*

Para tener una idea de lo elevado el número de resoluciones previstas basta con remitirse a la exposición de motivos de la primera redacción de la citada propuesta de Directiva comunitaria sobre la armonización (versión del 19 de diciembre de 1997) y en cuyo capítulo 3 titulado *Cuestiones particulares vinculadas con la armonización*, se presenta la situación en cuanto a las restricciones previstas al derecho de reproducción como sigue:

3. *El derecho de reproducción queda también sujeto a limitaciones y excepciones. A este respecto, las legislaciones de los Estados miembros presentan grandes diferencias. Algunos, como el Reino Unido e Irlanda prevén en su legislación una excepción general de "fair dealing" (se autoriza determinados actos de reproducción sin retribución) aplicable a las reproducciones realizadas con fines de investigación, de estudio personal, de crítica, de información sobre acontecimientos de actualidad. Excepciones similares se contemplan en otros Estados miembros como Suecia, Bélgica, Alemania y Grecia, pero se han definido de manera más restrictiva. Las excepciones aplicables a las reproducciones realizadas con fines educativos y científicos, constituyen otra categoría importante que contempla la mayor parte de las legislaciones nacionales pero su amplitud varía considerablemente de un Estado miembro a otro. En algunos, las excepciones aplicables a las reproducciones realizadas con fines educativos autorizan la reproducción de obras enteras; otras excepciones sólo autorizan la reproducción de determinado tipo de obras o determinados fragmentos de una obra, a título de apoyo a los cursos o en un examen. Las diferencias son incluso mayores en lo que respecta a las excepciones admitidas en favor de establecimientos públicos como las bibliotecas y los archivos, habida cuenta de que en los convenios internacionales no se contemplan disposiciones mínimas a este respecto. En algunos Estados miembros que no contemplan excepciones particulares en favor de las bibliotecas como Alemania, Bélgica y Francia, entre otros, dichos establecimientos pueden beneficiarse de las excepciones generales aplicables a las reproducciones realizadas con fines educativos o para uso privado. Otros Estados miembros como el Reino Unido, Austria, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Portugal y Grecia han previsto excepciones específicas por las que las bibliotecas y los archivos quedan autorizados para utilizar objetos protegidos, pero estas disposiciones varían de modo considerable de un Estado miembro a otro y no se aplican necesariamente a la utilización de material digital. En lo que respecta precisamente a la utilización de material digital por las bibliotecas, en línea o no, un cierto número de Estados miembros, en particular el Reino Unido en el que los privilegios concedidos a las bibliotecas son los más importantes, están adoptando actualmente medidas con vistas a establecer soluciones más flexibles por la vía contractual.*

4. *La casi totalidad de los Estados miembros prevén en sus legislaciones una excepción al derecho exclusivo de reproducción en favor de la copia de material sonoro y audiovisual para uso privado. Esta excepción se deriva fundamentalmente del hecho de que en la práctica el derecho exclusivo de reproducción no es aplicable en dicho ámbito así como de la idea de que no sería deseable tratar de aplicar un derecho exclusivo en un ámbito privado en razón del respeto a la vida privada.*

Habida cuenta de la importancia económica considerable que reviste la “copia privada” de objetos protegidos por el derecho de autor, oncede quince Estados miembros no contemplando ninguna “excepción gratuita” y han establecido una “licencia legal” que conlleva un derecho a retribución (“sistema de cobro”) para compensar a los titulares de los derechos que hayan renunciado a ejercer su derecho exclusivo de reproducción. Esto sistemáticamente tiene “ámbitos y mecanismos de aplicación” muy diferentes. La importancia económica de los ingresos provenientes de la copia privada es considerable.

De manera general, en materia de copia privada las legislaciones nacionales no distinguen entre la tecnología analógica y la tecnología digital.

En la actualidad un solo Estado miembro, Dinamarca, no ha previsto una excepción a título de copia privada en favor de la copia de objetos incorporados en soportes digitales, independientemente del hecho de que la tecnología utilizada sea digital o analógica. Las cifras demuestran que para el elemento del desarrollo del entorno digital, la copia privada analógica seguirá constituyendo un mercado importante por lo menos durante los próximos cinco o quince años.

5. *En el curso de los últimos años, la mayor parte de los Estados miembros previó igualmente una excepción al derecho de reproducción que conllevaba un derecho de retribución en favor de las reproducciones por fotoimpresión (“reprografía”). La justificación de esta excepción es la misma que la de la excepción en favor de la copia privada de material sonoro y audiovisual. Los sistemas de cobro establecidos no presentan mayores diferencias.*

6. *Casi todas las legislaciones nacionales prevén una serie de otras excepciones y limitaciones al derecho exclusivo de reproducción, en menor medida, a los derechos de distribución y de comunicación al público. Se trata sobre todo de diversas excepciones específicas, muy diferentes a las de las otras, aplicables a las reproducciones realizadas con fines educativos, científicos y a las destinadas a las bibliotecas y archivos. Fuera de estos casos, numerosas legislaciones nacionales prevén varias otras excepciones que tienen una importancia económica mucho más limitada, al menos en el entorno tradicional. Consisten por ejemplo en la autorización de la reproducción de fragmentos cortos de obras relativas a: noticias de actualidad, crítica, utilización por personas minusválidas, seguridad pública y procedimiento administrativo o judiciales.*

La misma observación puede hacerse en lo que respecta al derecho de comunicación al público respectivo del cual se dispone lo siguiente:

3. *Existen también grandes diferencias entre los Estados miembros en lo que respecta a las limitaciones y excepciones que se aplican al ejercicio del derecho de comunicación al público (o de un derecho afín) que, para un determinado número de utilizaciones (sobre todo con finalidad educativa, informativa y de investigación, y en favor de bibliotecas y archivos) son las mismas que se aplican al derecho de reproducción (véase el Capítulo 3, I, a). Ciertos Estados miembros como Austria, Bélgica, Francia, España y Luxemburgo, no prevén sin embargo ninguna excepción aplicable al derecho de comunicación al público en favor de las bibliotecas y archivos. Además, cuando existen limitaciones, es muy difícil determinar cuáles serán aplicables en el nuevo entorno digital, en particular, en el ámbito de la explotación en línea “alacarta” del material protegido. Habida cuenta de que la excepción en favor de las bibliotecas limita, la mayoría de las veces, a ciertas formas de copia y de distribución física del material protegido, parece que un gran número de Estados*

miembros (Italia, Suecia, Dinamarca, Grecia, Portugal, Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Luxemburgo y España) por lo general no ejercen el derecho exclusivo de comunicación pública a la entrega de material protegido en línea a usuarios aislados. En el resto de los Estados miembros (Alemania, Países Bajos, Reino Unido e Irlanda) la situación es menos clara.

Dada la considerable importancia económica que reviste la utilización de obras digitales por las bibliotecas y establecimientos similares, como también por sus abonados, se han iniciado varios proyectos relativos a las bibliotecas que persiguen encontrar nuevas soluciones por intermedio de licencias de tipo contractual. Su objetivo es el de asegurar un control adaptado y una compensación equitativa a los titulares de los derechos de que se trate, que permita a su vez a los usuarios de los materiales protegidos, como las bibliotecas sin fines de lucro, proponer servicios de información más eficaces a precios razonables. Los primeros resultados son alentadores dado que parece posible encontrar soluciones que satisfagan a todas las partes interesadas, entre ellas las bibliotecas.

Aunque esta diversidad de soluciones quizá sea desalentadora, una síntesis internacional resulta todavía más complicada en la medida en que los diferentes países del mundo no tienen historia común como ocurre con los países de la Unión Europea. Por otra parte, además de las diferencias culturales o económicas, la diversidad de los medios y de las necesidades contribuye también a reforzar las divergencias. La Comisión Europea llegó a la conclusión de que era necesario “actuar”, observación que resulta incluso más pertinente para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La tarea es, no obstante, muy delicada ya que los países “productores” de obras y los países “consumidores” de las mismas no tienen en el mismo punto de vista. Incluso en los países productores los usuarios exigen más y más “concesiones” cuando el reconocimiento de algunos derechos.

b) Ejemplos de excepciones previstas

Para ilustrar la diversidad de puntos de vista y de soluciones aportadas por los distintos sistemas, bastará con referirse al caso de las copias privadas respecto del cual sin embargo parecería más fácil llegar a un acuerdo. También se agregará algunas palabras acerca de algunas utilidades de carácter público que se toleran.

Copias privadas

A la primera vista parecería que la copia privada es una excepción universal. No obstante, esta excepción adopta formas muy diferentes y plantea varias cuestiones que aún no han sido resueltas.

Casi todos los sistemas admiten el principio de la libertad de copia privada, pero sus formas y enunciados son muy diferentes.

Tal principio se desprende implícitamente de la presentación del monopolio de la autoría y de los “actos sometidos a restricción”. En efecto, de la exigencia relativa al uso público de una reproducción (prevista en casi todas las legislaciones como por ejemplo en el artículo L122-3 del Código de la Propiedad Intelectual (CPI) francés) debe deducirse, *a contrario*, que la copia privada no está sometida a la autorización del autor.

En otros países esta libertad se deriva sin problemas de la admisión de una excepción general, como ocurre en los Estados Unidos con la excepción de *fair use* (véase más adelante) en cuanto que la legislación de ese país tiene en cuenta la finalidad del uso y parece admitir la copia privada de la obra cuando éste no constituye una práctica generalizada que pueda hacer competencia a la explotación de un mercado potencial de la obra.

En otros países, esta libertad está expresamente prevista por el legislador en la lista de excepciones a los derechos de autor. Es el caso de Francia (artículo L122-5 del CPI); de Alemania (artículo 53.1 del ley del 9 de septiembre de 1965); de Portugal (artículo 81b) del Código de 17 de septiembre de 1985), o de Túnez, entre otros. Se observará pues que, en lo que se refiere a Francia, esta solución de libertad está enunciada dos veces y que la segunda fija mejor los límites.

Por último, en otros países esta libertad se deduce de excepciones que parecen más especiales. Se trata entonces de explorar las vías de *fair dealing* (como en las copias para fines de estudio personal o de investigación (véase más adelante)) de ciertas disposiciones sobre el artículo 29.2a) de *copyright* del ley canadiense; el artículo 29.1 del ley británica (véase más adelante) y, actualmente, el artículo 40 del ley australiana. De este modo, en el Canadá es posible realizar una copia privada de una obra que ya existe en un soporte material como de una creación no fijada previamente en ese tipo de soporte (una emisión radiofónica, por ejemplo). La copia privada supone una sola reproducción de la obra (unicidad del ejemplar reproducido) y una utilización realmente privada (lo que excluye toda reproducción que persiga un fin comercial destinada a ser distribuida o comunicada al público).

Es un hecho no obstante que el mencionado acuerdo sobre estas cuestiones más débil cuando se trata de distinguir entre una copia digital de una que no lo es. La mayor parte de los países no hacen ninguna diferencia a este respecto. Sin embargo, los países de la Unión Europea, que admiten en principio la libertad de copia privada en aplicación de las directivas de 10 de mayo de 1991 y de 11 de marzo de 1996, prohíben las copias privadas de programas informáticos (salvo la copia de salvaguardia, aunque es cierto que la Directiva no establece expresamente esta distinción, cuestión que sólo se plantea realmente para las copias digitales de programas informáticos) y las copias de las bases de datos en soporte electrónico. Además, en Dinamarca se han encontrado soluciones más generales respecto de las copias digitales (artículo 12.4 del ley danesa sobre copias digitales de obras digitales existentes).

Fuera de ello, más allá de las semejanzas discernibles en cuanto a los principios generales, varias otras cuestiones permiten vislumbrar divergencias considerablemente respecto de los fundamentos (véase más adelante) como de las modalidades de aplicación de las reglas.

La libertad en materia de copia ¿constituye un derecho para el usuario o una excepción al monopolio?

¿Existe un caso excepcional de los derechos de propiedad intelectual (desaparición del monopolio) o una simple restricción (pérdida de la exclusividad y existencia de un derecho de retribución)? Once de los quince Estados miembros de la Comunidad Europea no contemplan ninguna "excepción gratuita" y han establecido a estos efectos una "licencia legal" (derecho a retribución que reposa en un "sistema de cobro") y tanto el ámbito de aplicación como los modos de funcionamiento de ambos sistemas difieren considerablemente.

¿Cuáles la influencia –directa o indirecta– que puede ejercer los procedimientos tecnológicos de copia en el régimen de excepciones? ¿Queda intacto el principio o bien la excepción desaparece ante tales facilidades de reproducción (artículo 68.1 de la ley italiana de 1941)? ¿No se debe acaso compensar al menos las pérdidas mayores que causa el recurso a procedimientos tecnológicos de manera que la libertad total se reemplace por un derecho de retribución (con lo que se excluya la exclusividad del derecho que se vería afectada)? A este respecto las soluciones varían considerablemente. Entanto que varios países han admitido en sus sistemas de retribución determinados casos (reprografía, copias sonoras o audiovisuales, o solamente digitales), en otros países parece haberse generalizado el tipo de solución (véase al respecto el artículo 18.3 de la ley griega que lo amplía a todos los procedimientos de reproducción pero que exige que para al menos uno de ellos se aplique el derecho de retribución).

¿Cómo debe entenderse la noción de copia privada? ¿Cuántas copias se toleran? ¿Qué sucede en caso de copia efectuada materialmente por un tercero, o en caso de una utilización completamente privada pero también colectiva efectuada al interior de una institución?

¿Cómo asegurarse de que el copista utilizará la copia exclusivamente a título privado? Por lo general esta cuestión debe quedar clara en el momento mismo en que se realiza el acto de reproducción. Así, en el Reino Unido, en virtud del artículo 29.3 de la ley de 15 de noviembre de 1988, la reproducción realizada por una persona distinta del investigador o del estudiante no se considerará un acto que si éste sabe o tiene razones para pensar que se distribuirán copias a más de una persona, prácticamente en el mismo momento y con el mismo propósito. La búsqueda debe hacerse entonces en función del objetivo propuesto. A partir de este momento, el análisis se torna subjetivo pues sólo el que copiasa debe proponer hacer con la copia aunque puede ocurrir que se produzca en una segunda instancia un cambio de destinatario y que la copia se transmita a un tercero. De privada en su origen pasa a ser pública por su utilización. En realidad, el ejemplar cobrará su verdadero carácter no en el momento en que se efectúa la copia sino en el momento en que ésta se pone en circulación.

Las cuestiones expuestas nos son sino algunas de las que pueden plantearse y que no todos los sistemas resuelven de la misma manera.

Utilización de carácter público

La hipótesis es aquí todavía más numerosa y las divergencias más importantes. A priori, la utilización pública de una obra da lugar a la aplicación de los derechos de autor. No obstante, no todos los Estados reaccionan de la misma manera cuando se trata de excepciones que persiguen objetivos pedagógicos o de transmisión del saber.

Citas

El principio según el cual las citas deben escapar al derecho exclusivo de los titulares del derecho de autor o de los derechos conexos de amplia aceptación. La solución se deriva del artículo 10.1 del Convenio de Berna que dispone que “*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.*”

Se trata de unadelas escasas soluciones impuestas ya que el convenio se contenta con fijar las condiciones (amplias). En la aplicación de este principio sin embargo se recurre a técnicas diferentes.

En primer lugar, a este respecto se plantea la oposición de dos enfoques: el de *copyright* y el de derecho de autor (véase más adelante). Entre los que favorecen una legislación de *copyright* existen diferencias importantes que dependen de si utilizan la vía del *fair use* (Estados Unidos) o la de *fair dealing* (los demás).

Entre los países que optan por el enfoque del derecho de autor las divergencias son incluso mayores. Mientras algunas normativas se contentan con plantear exigencias de respeto del derecho moral y de la prosecución de fines didácticos, otras agregan incluso la condición de la brevedad de la cita. Entre estas últimas, algunas procuran dar una medida bastante precisa de la citatolerada tanto que otras se refieren a una cita que sea razonable o a lo que es habitual a ese respecto.

Por último, las diversas normativas pueden presentar diferencias en lo que respecta a la naturaleza de las obras que pueden citarse. Mientras algunas parecen reservar el juego de la excepción exclusivamente para las obras literarias, otras admiten un ámbito más amplio que puede abarcar las obras musicales o artísticas (se habla entonces más bien de “fragmentos extractos”).

Excepciones con finalidades didácticas

El artículo 10.2 del Convenio de Berna otorga a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones específicas en la materia. La Comisión Europea abordó la cuestión en el artículo 5.3 de la propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, al mismo tiempo que abordó los límites a los derechos en razón de una investigación, como sigue: “3. Los Estados miembros podrán establecer limitaciones de los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: a) cuando el sujeto único o nte por objeto la ilustración con fines educativos 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 derechos habientes reciban una compensación equitativa.”

Las actitudes muy diferentes de los legisladores hacen extremadamente delicada toda posibilidad de síntesis. Algunos Estados no han adoptado ninguna solución específica, conformándose con excepciones de carácter general. Algunos, si quiera se refieren expresamente a las necesidades de la enseñanza. Otros, se contentan con mencionar la enseñanza entre los motivos que permiten justificar o explicar la utilización de citas cortas o bien autorizan la aplicación del *fair dealing*. Por último, hay otros que se contentan con mencionar los manuales de enseñanza entre las obras sujetas a un régimen especial pero sin justificar su utilización en razón de su carácter didáctico.

Otros Estados contemplan excepciones ligeramente más importantes que las admitidas por las citas breves, pero el sistema que adoptan no se aleja mucho del que generalmente acepta el tipo de citas.

Finalmente, hay Estados que contemplan soluciones más específicas pero cuyo contenido o amplitud varían. Desde este punto de vista sería posible determinar “grandes

familias” jurídicas frente a este problema. Los Estados mediterráneos de influencia latina son por lo general poco prolijos en la materia: sea, como lo hemos visto, porque la ignoran; sea porque, aunque la contemplan, se contentan con soluciones de tipo general y no intentan fijar, por la vía jurídica y de manera precisa, el alcance y la medida de las excepciones. Los países del Norte de Europa en cambio tienen una legislación extraordinariamente detallada. Fuera de ello, comparten el rasgo de adoptar soluciones bastante cercanas en cuanto al fondo. Aunque con pequeñas diferencias, la amplitud de los mecanismos y el contenido de las disposiciones adoptadas son casi idénticos. Esta preocupación por el detalle también la comparten ciertos países de *copyright* y también, aunque en menor medida, los de lengua alemana.

Un gran número de legislaciones contemplan de manera explícita las excepciones al derecho de reproducción únicamente en tanto que otras, menos numerosas, ser efieren también al derecho de representación.

En lo que respecta únicamente al derecho de reproducción, resulta evidente una línea de demarcación entre, por una parte, los Estados que admiten excepciones tanto para los manuales de enseñanza como para los documentos que elaboran los propios establecimientos de enseñanza y, por la otra, entre aquellos Estados que sólo las admiten para los últimos. Es cierto sin embargo que en los textos legislativos no siempre es clara esta distinción. En los casos en que lo es, es frecuente que la libertad se amens amplíe para los manuales que para los documentos de uso interno en los establecimientos, lo que se explica probablemente por el hecho de que los segundos no persiguen otro objetivo que el de la enseñanza en tanto que los manuales persiguen fines comerciales.

También hay divergencias en lo que respecta a la retribución concedida a los derechohabientes: ciertos Estados prevén una remuneración equitativa; otros no. Entre los primeros también hay divergencias seg ún el derecho de que se trate o el soporte utilizado. Sin embargo, a menudo hay una correlación entre la importancia del acto admitido (dimensión del fragmento que se reproduce, número de copias, destino de las copias...) y la presencia de la mencionada remuneración equitativa.

En realidad, el máximo común denominador entre las diferentes legislaciones que abordan efectivamente este asunto parece ser la utilización parcial de elementos preexistentes en una obra ulterior, compuesta de extractos de obras de varios autores.

Si bien muchos países son bastante flexibles en lo que respecta a la magnitud del fragmento reproducido con respecto a lo que es habitual o a determinadas normas (usoleal), algunos Estados detallan con mucha precisión ciertos aspectos y reglamentan detalladamente el volumen o las condiciones impuestas a las reproducciones.

De manera general, explícita o implícitamente, parecen admitirse determinadas condiciones o limitaciones a la libertad: y sea que se trate de velar porque una obra ulterior no haga competencia a la original que en ella se reproduce; y sea en virtud de la exigencia del respeto del derecho moral (derecho a la paternidad pero también – aunque se mencione menos – al derecho al respeto de la totalidad de la obra); de la presencia en una obra ulterior realizada con fines didácticos de obras de otros autores, en ausencia de varias obras de un mismo autor (porejemploundocumentocompuetodeunasolaobradelautorAydeunasolaobradelautorB); de exigencias de tiempo rales que imponen la prontarápidad de las copias realizadas o del respeto de algún plazo (cinco o diez años) antes de la utilización de la obra primera; de la prohibición de retomar obras primeras destinadas a la enseñanza; o de la

justificación del destino de la copia. A este respecto, conviene hacer notar sin embargo que aunque la gran mayoría de las legislaciones se preocupan de recordar la exigencia de una utilización con fines didácticos, ciertas leyes admiten soluciones idénticas, contenidas en las mismas disposiciones, para fines que no tienen este carácter. Muchos Estados también hacen referencia a las reproducciones destinadas a la investigación o a la difusión del conocimiento, lo que nos sorprende en absoluto. Otras, persiguen objetivos más amplios como la ayuda a las personas discapacitadas o la publicidad. Además, los países nórdicos aplican el mismo criterio para las reproducciones o representaciones realizadas con finalidades religiosas; en Alemania se hace referencia a finalidades de tipo litúrgico.

Por otra parte, hay que señalar que la actitud que se adopta varía en función del soporte técnico o del género de obras de que se trate. En lo que respecta al soporte de las copias, parece tolerarse más fácilmente la copia en papel que la copia en soporte magnético; algunas legislaciones establecen soluciones particulares para las reprografías. Numerosos Estados establecen distinciones según las diferentes categorías de obras pero en general con respecto a las obras literarias parece admitirse más fácilmente la vulneración de los derechos de autor. En lo que respecta a las obras de arte, con frecuencias sólo se admite su reproducción para ilustrar algunos acontecimientos.

Donde parece mostrarse la mayor preocupación por reglamentar minuciosamente estas distintas opciones es en los países nórdicos. Respecto del derecho de reproducción, la ley prevé la libertad de reproducción —mediante remuneración— de fragmentos cortos de obras cuya publicación data de más de cinco años, siempre que estas reproducciones formen parte de una obra compuesta de varios elementos. Se precisa sin embargo que esta solución no puede aplicarse si las reproducciones corresponden a obras creadas especialmente para la enseñanza. La ley de esos países autoriza asimismo la copia de obras radiodifundidas o televisadas, mediante grabaciones sonoras o visuales si se persiguen fines didácticos. Las condiciones pueden variar en función de los textos legislativos, no sólo en cuanto a la retribución (en algunos Estados, el autor no tiene derecho a ésta cuando la grabación concierne a una obra proveniente de una emisión de carácter pedagógico) sino también en función del carácter temporal de la grabación. En lo que respecta al derecho de representación, en dichos Estados se prevé que en el caso de obras que no sean de carácter dramático o cinematográfico, la representación pública es libre, siempre que se realice para fines de enseñanza, aunque a veces se dispone que el autor tendrá derecho a una retribución si se cobra una entrada.

Sería inútil multiplicar los ejemplos (se podría también examinar la cuestión de las representaciones privadas, de las bibliotecas o de la utilización de fonogramas comerciales), lo que sí cabe señalar es simple: la flexibilidad de los textos internacionales es cada vez mayor y un gran número de soluciones diferentes.

Cabe preguntarse sin embargo si, aunque no haya un acuerdo sobre el fondo, en los diferentes países existen elementos comunes en la manera en que se aborda la cuestión y se redactan los textos reguladores. Contestar a esta pregunta equivale a responder a la segunda pregunta mencionada, a saber: ¿cómo?

II. ¿CÓMO?

La técnica legislativa a) que no es neutra, suele revelar con frecuencia el objetivo que persigue el legislador. Cada método: sistema a) abierto b) o sistema cerrado c) presenta sus ventajas e inconvenientes:

a) Elección de la técnica legislativa

En los países en que se reconoce el derecho de autor, el sistema de excepciones a este derecho es la mayoría de las veces “cerrado”, aspecto que convendría tener en cuenta al examinar el modo de presentación de estos derechos. Hay que decir que la mayoría de las veces, pero no siempre, la construcción tiene la siguiente configuración general: entanto que el alcance del monopolio exclusivo que se atribuye al autor se presenta de manera sintética, la lista de las excepciones se presenta de manera analítica, es decir, muy descriptiva y limitativa. Ello significa que mientras el ámbito de las prerrogativas atribuidas al creador se abre y debe considerarse en un sentido favorable a los autores, la lista de las excepciones que pueden invocar los usuarios es limitativa y no puede interpretarse de manera de perjudicarlos intereses de los creadores. El derecho francés puede presentarse como un ejemplo de esta construcción aún cuando un análisis de la legislación belga, española o portuguesa puede conducir a la misma conclusión (en Alemania la ley circunscribe cuidadosamente los límites a los derechos de autor y determina los derechos de explotación con bastante detalle).

Esta observación no es gratuita y da lugar a varias consecuencias.

La primera consecuencia es que constituye una indicación para los tribunales y los jueces de tenerse a esta lectura restrictiva y no sobre pasar el marco de las excepciones admitidas. El contraste con la flexibilidad con que pueden actuar los jueces cuando se trata del contenido de los derechos de autores muy fuerte. Aunque esta lógica puede parecer rígida presenta la ventaja de la previsibilidad y por ende de la seguridad.

La segunda es que en este “equilibrio de intereses” el que sale beneficiado es sin duda el autor.

La tercera consecuencia es que las excepciones enumeradas por el legislador no dan origen a un derecho por parte del usuario. En el considerando 21 de la propuesta de Directiva comunitaria se ha querido afirmar este principio pero sería necesario mejorar la redacción para que quede bien claro que sólo los autores y titulares de derechos conexos tienen realmente “derechos” y que en el caso de los usuarios sólo cabría preocuparse por sus “intereses”. Por lo tanto, un usuario no podrá por ejemplo invocar esta Directiva para oponerse a la aplicación de dispositivos tecnológicos de protección; cuestión que es de gran actualidad. En efecto, se ve que para muchos de estas soluciones tecnológicas: por una parte, para asegurar la efectividad del derecho exclusivo prohibiendo o limitando el acceso a las obras y a las prestaciones; por la otra, para mejorar y perfeccionar la gestión de los derechos correspondientes. Así pues, la eficacia del sistema no se ve amenazada por la proclamación de un derecho inalienable a la copia privada.

Los sistemas de *copyright* por el contrario acogen favorablemente la teoría del “equilibrio de intereses” la cual permite precisamente hacer valer el interés público.

La sistematización de la técnica legislativa en los sistemas de *copyright* es más difícil y a que esta "familia" es menos unida que la familia de los sistemas de derechos de autor. Es cierto sin embargo que uno de los rasgos de los sistemas de *copyright* es la presencia de una lista analítica de los derechos, pero la referida unión es menor en lo que respecta a las restricciones. En Estados Unidos (quizá muy pronto en Australia) se admite una excepción general al derecho de autor, la del *fair use* que es aplicable en cualquier situación. Ese sistema "abierto" que no prohíbe el Convenio de Berna.

b) *Ventajas e inconvenientes del denominado sistema abierto*

El artículo 107 de la ley americana del 19 de octubre de 1976 dispone:

No obstante lo dispuesto en los artículos 106 y 106A, la utilización leal de una obra protegida, ya sea tratada de reproducción en forma de copias, fonogramas u otros medios previstos en dichas disposiciones, para fines como la crítica, el comentario, las noticias de actualidad, la enseñanza (incluida la reproducción múltiple para su utilización en la clase), la formación o la investigación, no constituye una violación del derecho de autor. Al objeto de determinar la utilización de una obra se tendrán en cuenta especialmente los factores siguientes:

- 1) *el objetivo y el carácter de la utilización, en particular el carácter comercial o no de ésta y su destino a fines educativos y no lucrativos;*
- 2) *la naturaleza de la obra protegida;*
- 3) *el volumen y la importancia de la parte utilizada en relación con el conjunto de la obra protegida; y*
- 4) *el efecto de esta utilización sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor. El hecho de que una obra no esté publicada no impide de por sí llegar a la conclusión de que se trata de una utilización leal si esta conclusión se basa en la consideración de todos los factores anteriormente mencionados.*

Se trata aquí pues de una excepción principal a los derechos exclusivos a fin de crítica, comentario, información, enseñanza, investigación o parodia. El texto citado es el resultado de la codificación de la jurisprudencia realizada en 1976. Para admitir una excepción, los jueces deberán fundarse esencialmente en la finalidad de la utilización, la dimensión del fragmento reproducido en la obra utilizada con respecto al original, así como en el eventual perjuicio económico. Esa técnica tiene la ventaja de una gran flexibilidad.

Así pues, la importancia del fragmento de una obra original que se reproduce será apreciada del mismo modo si se trata de una simple reproducción o de una parodia. Asimismo, la posibilidad de fotocopiar una obra sólo se admitirá en función del perjuicio que entrañe a los derechos de los editores que distribuyen los libros y conceden licencias autorizando las fotocopias (fotocopiar para una empresa comercial de extractos de obras protegidas para el laborar de textos destinados a la enseñanza universitaria).

Esa flexibilidad ha resultado ser frecuentemente muy valiosa. Así, el Tribunal Supremo que con anterioridad había sostenido que toda utilización comercial de una obra "segunda", es

decir, que utiliza elementos de una obra “primera”, estaba excluida de la excepción de *fair use* considero posteriormente que, en la medida en que tal obra se funda en una copia servil de la primera sin un transformación de la misma, había que admitir que el mecanismo de la excepción pudiera cubrir también ciertas utilidades comerciales.

La lógica de la excepción que tiene por objeto promover el conocimiento es naturalmente fundamental. Sin embargo, para los juristas continentales el *fair use* genera una falta de previsibilidad tanto para el derecho habiente como para el utilizador. Y entonces, ¿qué ocurre con la seguridad que cabe esperar de un sistema jurídico? La aplicación de las cuatro condiciones indicadas (finalidad de la utilización proyectada, carácter de la obra, dimensión del fragmento reproducido y sobre todo de efectos sobre el mercado) puede parecer bastante difícil. Pero, ¿cómo estar seguros por adelantado de qué manera interpretará un juez la aplicación de estos parámetros a una situación concreta? Conviene sin embargo señalar que los juristas estadounidenses están más habituados que los continentales a este ejercicio que con frecuencia debe hacer frente a casos más complicados.

c) *Ventajas e inconvenientes de un sistema cerrado*

Por posición a los sistemas abiertos, los sistemas cerrados presentan la ventaja de la previsibilidad. El utilizador de una obra o el derecho habiente no depende de la manera en que estime un juez a algunas cuestiones y pueden razonablemente tener una idea de la solución del problema que se plantea mediante una simple lectura de las disposiciones legales. Sin embargo, un sistema excesivamente cerrado puede también generar ciertos problemas pues aunque no falte la seguridad puede faltar la necesaria capacidad de adaptación. De modo que conviene estar atento a los posibles efectos secundarios. Para percatarse de ello, conviene analizar tanto el ejemplo francés como las construcciones de *fair dealing*.

Soluciones francesas. Con respecto al razonamiento subyacente en el ejemplo francés cabe observar que la gran rigidez del Tribunal Supremo sobre la aplicación de ciertas condiciones en materia de citas, ha generado reacciones incluso más excesivas que las de subbloqueo. Estimando (acertadamente) que la reproducción en formato reducido (pero integrales) de cuadros en un catálogo para una subasta constituiría citas breves, dicho Tribunal aplicó de manera estricta el artículo L122-5 del CPI (*Una vez divulgada una obra su autor no puede prohibir: (...)* 3) *A reserva de que se indique claramente el nombre del autor y la fuente, no podrán prohibirse: a) los análisis y citas breves justificadas por el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o informativo de la obra en que se hayan incorporado* . Pero, como los grupos de presión son más eficaces en los hemiciclos parlamentarios que en los tribunales, una ley del 27 de marzo de 1997 añadió una nueva excepción a la enumeración que figura en el citado artículo que “deja sin efecto” esta decisión, estableciendo que: *el autor no podrá prohibir... d) las reproducciones integrales o parciales de obras de arte gráfico o plástico destinadas a figurar en un catálogo de una venta subasta pública efectuada en Francia por un funcionario público o ministerial respecto de los ejemplares que se pongan a disposición del público antes de la venta con el único fin de describir las obras de arte puestas en venta* . El efecto ha sido de desastrosos por exceso de detalle de esta ley. Su conocimiento se complicó a medida que se fue descubriendo la incoherencia general del sistema, y los utilizadores de las obras no comprenden por qué se establecen restricciones en unos casos y no en otros en los que estarían tanto más justificadas.

Ocurre a veces que el propio juez de la aplicación estricta de dicha disposición legal. Dado que el citado Tribunal Supremo se había mostrado especialmente exigente respecto de

la cuestión de la brevedad en las obras audiovisuales que reproducen fugazmente creaciones preexistentes, el 23 de febrero de 1999 el Tribunal de Última Instancia de París analizó el asunto (inédito) desde la perspectiva del derecho a la información. La decisión de este Tribunal merecerá ampliamente citada en este estudio, no tanto por el deseo de exponer soluciones francesas (podrían haberse expuesto soluciones de otros Estados con sistemas cerrados) sino por que es una decisión que ilustra el carácter excesivo de las reacciones en un sistema que se considera muy rígido. Cabe añadir que la mencionada decisión es tan más interesante cuanto que utiliza una teoría que será abundantemente tratada en la segunda parte del presente estudio.

Los jueces de París estimaron pues que: *En lo que respecta al derecho del público a la información: –Teniendo en cuenta que el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión que comprende la libertad de recibir o de comunicar informaciones sin consideración de fronteras; –Teniendo en cuenta asimismo que dicho Convenio establece en su artículo 14 que el disfrute de los derechos y de la libertad en ella reconocidos debe asegurarse sin discriminación basada en (...) la fortuna, el nacimiento o cualquier otro motivo; –Teniendo en cuenta también que, en virtud del artículo 55 de la Constitución, las disposiciones de dicho Convenio tienen un valor superior al de la ley interna y que su autoridad se impone a las jurisdicciones nacionales; –Habiendo visto también que por consiguiente la demandada sostiene que en virtud de dicho Convenio existe un derecho del público a la información el cual constituye una excepción a las disposiciones del Código de la Propiedad Intelectual invocadas por el demandante y que justifican que la demandada haya representado las obras de Maurice Utrillo en un reportaje sin la autorización de su derecho habiente; –Habiendo visto asimismo que el derecho del público a la información debe entenderse no solamente como el derecho de saber sino también como el derecho de ver; que de ello resulta que un hecho acerca del cual se debe informar al público puede conseguirse por intermedio de imágenes que son necesarias en la medida en que proporcionan elementos de conocimiento; –Teniendo en cuenta asimismo que un reportaje que representa la obra de un artista y que se difunde únicamente en un telediario de corta duración no vulnera los derechos de propiedad intelectual del derecho habiente puesto que está justificado por el derecho del telespectador a ser informado oportunamente y de manera apropiada sobre un evento cultural que constituye una actualidad inmediata en relación con la obra o su autor y que no entrará en competencia con la explotación normal de la obra; –Visto también que, en el caso de que se trata, el tribunal comprueba que el citado reportaje se difundió en un telediario cuyo carácter informativo no cuestiona el señor Fabris; que estaba dirigido a un público amplio y que tenía por objeto informar oportunamente sobre el desarrollo inmediato de una importante manifestación cultural en los locales del museo de Lodève; que la presentación de los cuadros del artista tenía por tanto como objetivo ilustrar dicho reportaje y permitir una mejor comprensión del público del objeto de la exposición; que dichos cuadros ilustraban la información que consistía en comunicar la celebración de una exposición en el museo de Lodève e incitar a los telespectadores a visitarla; –Teniendo también en cuenta que se trata de un reportaje a la autorización del derecho habiente del artista el cual, en el caso de que se trata había aceptado el principio de la exposición, equivaldría a privar a una parte del público del conocimiento de la existencia de esa manifestación y por consiguiente de la obra del pintor; que ello tendría como resultado que brantaría la igualdad de todos ante la información y por consiguiente ante la cultura; (...) –Considerando en consecuencia que, en virtud de este derecho del público a la información, la sociedad nacional de televisión France 2 no estaba obligada a solicitar la autorización de representar las obras de Maurice Utrillo en un reportaje de corta duración destinado a un telediario; que en consecuencia esta representación no es ilícita y no*

constituye una utilización ilegal que otorgue a señor Fabris el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios.

El efecto de modo de la construcción se examinará en la segunda parte de este estudio. ¿De qué sirve construir un sistema que sopesa tanto los intereses de unos como las aspiraciones de otros si es para verlo destruido por teorías?

Los dos ejemplos que se acababan de exponer son perturbadores. No es seguro que sean totalmente representativos de los problemas generados por los denominados sistemas cerrados. Por lo demás, cerrado no significa rígido. ¿Por qué no admitir que, en el marco que le imparte el legislador, el juez que defacultado para inspirarse y orientarse por la “prueba en tres etapas”?

La verdad (si existe) podría situarse quizá a medio camino entre los enfoques abiertos y los cerrados. ¿No podría acaso encontrarse a priori en un sistema cerrado pero corregido por la flexibilidad que conferiría el *fair dealing*?

Fair dealing. Se trata de contemplar las soluciones que figuran en los artículos 29 y siguientes de la ley británica y los artículos 29, 29.1 y 29.2 de la ley canadiense que enumeran los casos hipotéticos de utilidades que escapan a los derechos de autor. No es seguro que estas construcciones permitan evitar los escollos del sistema francés.

Este enfoque permite indiscutiblemente templar el carácter (eventualmente) demasiado abierto del *fair use* estadounidense e imponer los defectos de sistemas tan cerrados como el francés.

Se puede pensar que las soluciones británicas o canadienses en los ejemplos citados (catálogos de venta en subasta pública, reproducciones fugaces en un reportaje televisivo) se asemejan a las soluciones francesas. En efecto, el razonamiento propuesto por las legislaciones que admiten el *fair dealing* reposa en un estudio en dos etapas. En una primera etapa cabe preguntarse si la hipótesis limitativa que ha previsto el legislador contempla el caso: las excepciones no se toleran sino para un número preciso de casos y finalidades determinadas (*dealing*) en cuyo caso es conveniente determinar si la actividad en cuestión cae dentro del ámbito de que se trata. La búsqueda de las actividades que constituyen excepciones no difiere entonces mucho de la que se opera en todos los sistemas cerrados como ocurre en el Derecho francés. En una segunda etapa, cabe preguntarse si la utilización en cuestión cae dentro del ámbito de las excepciones admisibles y si es equitativa (*fair*). Seguidamente (no antes), se evalúa la utilización proyectada pasándola por el tamiz de las condiciones de utilización leal (*fair use*).

La ley inglesa contempla esta hipótesis en los artículos 29, 30, 33, 36, 38, 39 y 40 de la ley de 15 de diciembre de 1988. Para simplificar, según estos textos, la utilización de una obra escapa al derecho de autor a partir del momento en que se realiza con propósitos de crítica o de información sobre acontecimientos de actualidad. Asimismo, la utilización de una obra literaria, dramática, musical o artística es leal cuando se realiza con propósitos de investigación científica o de estudio personal.

Aunque el texto jurídico no lo haga, la práctica ha permitido elaborar orientaciones que ponen de relieve los parámetros que los jueces toman en consideración. Así, en Inglaterra se puede admitir una reproducción total si se trata de una utilización privada o de una

investigación. Por el contrario, no se trataría de una utilización leal si se hace más de una reproducción de una misma obra, a menos que la investigación así lo requiera. En el examen de esta segunda etapa/condición se admite la apreciación y una cierta flexibilidad. En cambio, no hay ninguna en la primera etapa. La excepción así pues no puede ser invocada a propósito de obras que no figuran en la ley.

El procedimiento es idéntico en Canadá donde la apreciación del carácter leal de la utilización es ciertamente competencia de los tribunales. Esto tiene en cuenta la naturaleza y la finalidad de la utilización; la importancia de la extracto tomado en relación con el total de la obra utilizada; y el aporte personal del que hace el extracto. La causa Hubbard contra Vosper (1972) 2 W.L.R. 389, 393 ilustra perfectamente la mencionada flexibilidad y la dificultad de la búsqueda: *Resulta imposible definir en qué consiste el fair dealing pues puede tratarse de una cuestión de grado. Primero hay que considerar el número y la extensión de las citas o extractos. ¿Son acaso en conjunto demasiado numerosos o demasiado extensos para que se los catalogue de leales (fair)? En seguida, habría que considerar la utilización que se hace de ellos. Si el propósito es hacer un comentario, una crítica o un resumen puede tratarse de un acto leal (fair dealing). Si el objetivo perseguido es proporcionar la misma información que la que proporciona el autor per se para un objetivo o puesto, puede ser de leal (unfair). Posteriormente, habría que considerar las proporciones. Si los extractos son extensos y los comentarios cortos puede decirse que se trata de un acto de leal (unfair dealing). En cambio si los extractos son cortos y los comentarios extensos puede tratarse de un acto leal (fair dealing). Otras consideraciones pueden también retenerse, pero después de todo lo que se ha dicho ya se puede tratar de las apreciaciones. No obstante, si bien existe flexibilidad en la fase de análisis, ésta sólo puede realizarse si se ha franqueado una etapa previa: no puede realizarse sino en los casos previstos por la ley. El Derecho canadiense es muy diferente del vecino estadounidense puesto que no conoce la excepción general de utilización leal (fair use).*

El sistema reposa así en la acción de un doble “tamiz” (casos particulares, utilización leal). No es flexible sino respecta de las legislaciones que impongan condiciones muy precisas a los casos que se admiten (por ejemplo, un sistema que admitiera las citas en ciertos casos hipotéticos, siempre que satisficieran exigencias precisas: tal número de palabras o tantos compases en una obra musical, pero nada más).

Las verdades pues bien difíciles de determinar. Sea como sea, cabe observar que incluso si se pretende que, en los hechos, las diferentes legislaciones sobre derechos de autor de *copyright* conducen a soluciones bastante cercanas, en la construcción estadounidense — simétrica y opuesta — que parte de un enfoque analítico de los derechos para concluir con un visión sintética de las excepciones, el autor ha dejado y debe estar en el centro de la cuestión. En todo caso, difícilmente puede examinarse el régimen de excepciones fuera de su contexto general.

No habiendo acuerdos sobre el método (¿cómo?) ¿conseguirán los Estados ponerse de acuerdo acerca del fundamento y justificación de las excepciones? Esto es lo que aborda la tercera pregunta: ¿por qué?

III. ¿PORQUÉ ?

La búsqueda del porqué es por lo general necesaria debido a que una vez cumplidas las condiciones de acceso a la protección, el principio debe ser el del monopolio, lo cual significa

que las excepciones deben estar justificadas. Lo anterior es aún más cierto en los Estados en los que el derecho de autor tiene prácticamente valor constitucional. La búsqueda de los fundamentos nos sólo debería permitir comprender la razón de la excepción sino también determinar su ámbito.

En un intento de generalizar en esta materia podría señalarse que ciertos límites se basan en razones de orden práctico en tanto que otros se explican por que tienen en cuenta intereses de orden social. Pero en resumen la cuenta a la presentación —que será la retenida— es más descriptiva que razonada. Habría sido indudablemente interesante despejar otras líneas generales de pensamiento, pero aun que los otros análisis posibles hubieran permitido explicar las soluciones aplicadas en un u otro Estado, no serían transferibles a otros sistemas .

Hubiera sido tentador, por ejemplo, contrastar las soluciones admitidas para ciertas utilidades públicas y las utilidades de obras a título privado. Este método, que podría haberse aplicado a ciertas legislaciones, se habría basado en el principio según el cual las utilidades privadas escapan por completo al derecho de autor el cual no tendría la facultad de prohibir ni el derecho a una retribución o compensación. Estas soluciones sólo se aplica a las utilidades públicas de obras cuando el usuario realiza una plusvalía, agregando su aporte personal (por ejemplo en materia de citas). En los demás casos de utilización pública en que no se añade valor, que hay que tolerar por ciertas razones, el derecho exclusivo quedaría sustituido por un derecho a retribución.

Pero, además de que también sería necesario integrar otro parámetro —utilización parcial o integral de la obra— este método, aunque bastante lógico, ocupa un lugar secundario frente a la diversidad de sistemas y la evolución de cada uno de ellos. Como es sabido, en algunos casos los autores han obtenido indemnizaciones por ciertas utilidades a título privado. Por ejemplo, en Europa se ha pasado de una situación de total ausencia de derecho del creador, a una retribución por copia privada (en ciertos casos).

Se mantiene así la acertada y antigua división que se utilizó generalmente en los manuales de Derecho. Ciertas excepciones se basan en a) explicaciones de orden práctico, en tanto que otras se basan en b) explicaciones de orden social. Esta división es cómoda por cuanto proporciona una explicación inmediata de las excepciones, pero cabe preguntarse si es coherente.

a) *Fundamentos basados en razones de orden práctico*

Se utilizan tres series de argumentos: primero, el de la resignación; un segundo basado en el carácter necesario del acto consumado; y un tercer basado en la ausencia de perjuicio económico.

Primer argumento: la resignación

Este argumento se refiere a la utilización privada de una obra y se basa en que el derecho de autor se diluye por que de todas maneras no podría respetarse debido a la imposibilidad de penetrar en la esfera privada para controlar las utilidades eventuales. Es decir que, en lugar de establecer el principio de la aplicación del derecho de autor que se sabe que no se cumpliría, se opta por cerrar los ojos.

Es indudable que este argumento ha perdido gran parte de su fuerza frente a los nuevos métodos digitales y dispositivos de marcado y de cierre del acceso a una obra que lo hacen perder gran parte de su validez. Además, ¿es acaso posible construir una legislación sobre la base de la resignación? Sin embargo, respecto de estos nuevos dispositivos subsiste una preocupación muy extendida en cuanto a la posibilidad de que estos remedios tecnológicos engendren otros males, por ejemplo, la intromisión en la vida privada. Sería oportuno interrogarse a estos efectos sobre el fundamento de estas reclamaciones ya que si bien es posible mirar con suspicacia la utilización de contadores y de *cookies* (sólo en los archivos), no se comprende que pueda existir tal intromisión ante la presencia de simples dispositivos anticopias. No es lo mismo “marcar” que “impedir el acceso”.

Segundo argumento: el autor debe tolerar los actos necesarios del usuario

Se trata de un argumento bastante reciente que se deriva de la introducción de los programas informáticos en relación con los derechos de autor y que ha adquirido actualidad con la protección de las bases de datos o la circulación de obras en las redes.

Conviene señalar que este argumento ha adquirido legitimidad con los programas informáticos que son una creación/herramienta. Un estudio más a fondo del derecho de autor permitiría comprobar si indudablemente en jurisprudencias suele ser menor la protección de las obras de carácter utilitario. Pero, sin entrar en este debate que excede el marco de este estudio, se puede afirmar que para este tipo de obras lo menos que se puede hacer es respaldar al usuario. Se trata entonces de una excepción basada en el buen sentido.

Subsiste sin embargo un interrogante sobre el futuro de esta justificación ya que extender esta idea a la circulación de las obras en las redes no está evidenciado como se pretende afirmar. Cabe preguntarse a estos efectos si las situaciones son realmente las mismas. El razonamiento expuesto conduce más bien a plantearse la cuestión de saber hasta dónde se extiende exactamente el derecho de reproducción. Conviene interrogarse también sobre el interés que tiene definir las prerrogativas del autor de manera amplia si por la vía de las excepciones, se toma con un mano lo que se da con la otra.

Tercer argumento: ausencia de perjuicio económico

Este argumento es bien conocido y se ha presentado en muchas ocasiones incluso fuera de los Parlamentos nacionales. Se trata de los casos en que la copia privada ocasiona un perjuicio insignificante; y así es porque su realización requiere mucho tiempo o porque sólo podría hacerse en un solo ejemplar.

Esta argumentación como se sabe no es absoluta admisible ya que los medios tecnológicos actuales permiten realizar en poco tiempo copias perfectas, capaces de sustituir el original y los métodos digitales permiten obtener copias de copias de copias (etc.) de calidad casi idéntica al original. En cuanto al perjuicio económico éste puede ser de tal magnitud que muchos Estados han establecido una remuneración por cada copia privada.

Resulta pues imposible generalizar este argumento que puede utilizarse exclusivamente en un análisis caso por caso, como lo prevé algunos sistemas.

Estamismaobjeciónsepuedehacerrespectodelosargumentoseconómicosque justificanlaexistenciadelicenciasnovoluntarias, encuyocasoel“gasto”ocasionadoporla búsqueda delostitularesdelosderechosyeltiemporequeridoparala negociacióntales quemásvalecederelderechoexclusivoyadmitirlaslicencias. Sin embargo, aesterespecto laexperienciadelosEstadosUnidosnoesconcluyente(véasesobreestacuestiónA. Strowel, Droit d’auteur et copyright, Bruylant, 1993 § 492ysiguientes)yeldebilitamientodelderecho deautor pierdesupertinencia apartirdelmomento en que la justificación que aporta teóricamente no demuestra provecho en la práctica. Y, mejoraún, cabría preguntarse si los nuevos dispositivos tecnológicos que permiten la identificación de las obras y de los titulares de los derechos, conjuntamente (o no) con modos de gestión colectiva, no pueden prestar un servicio idéntico con un costo igual o incluso inferior. La incertidumbre que existe en la materia tal vez no condene irremediablemente las licencias pero la esperanza en los mencionados dispositivos tecnológicos conduce ciertamente a rechazar la extensión de las licencias a casos nuevos o textos nuevos. La observación de que las soluciones tecnológicas pueden constituir remedios eficaces a los problemas que plantea dicha extensión —de manera que las licencias voluntarias ya no serían una maldición inevitable que pesaría sobre los derechos habientes— data de más de veinte años (véase a este respecto Goldstein, P.: Preempted State Doctrine, Involuntary Transfers and Compulsory Licenses: Testing the Limits of Copyright, UCLA, *Law Review*, 1977, vol. 24, page 1139). El auge de la tecnología digital y las facilidades que ofrece deberían permitir reconsiderar con interés la cuestión de las licencias voluntarias.

En definitiva, no se puede dejar de admitir que los argumentos prácticos se han debilitado. No obstante, continúan presentes. Llegará el día en que no quede otra alternativa que dejar que se equilibren las construcciones que están llamadas a sostener. Vale más la pena buscar por el control de la explicación de los límites a sus derechos que de aceptar el autor, concretamente, en razones de orden social, lo cual obliga a buscar un equilibrio, mejor aun, un “equilibrio de intereses”.

b) Fundamentos basados en razones de orden social

Se trata aquí de defender determinados valores algunos de los cuales son superiores o al menos tienen la misma jerarquía que los valores en que se funda la propiedad literaria o artística. Sería el caso del “interés público”, idea que impregna tanto los límites externos al derecho de autor (véase más adelante; segunda parte) como los límites “internos” que se denominan así porque a veces se explicitan en los propios textos jurídicos pertinentes al derecho de autor; porque a veces permiten la realización de las obras; y porque algunas de sus justificaciones se vinculan estrechamente con el objeto del derecho de autor, es decir, con las obras.

En el primer lugar de este conjunto de razones se encuentra el interés por respetar la libertad de expresión; la reflexión se ubica en el ámbito del derecho de autor porque se trata de favorecer la expresión de otros creadores por lo que se facilitan las citas, los análisis, los resúmenes o las parodias; en suma lo que es “la libertad de palabra”. No cabe insistir a este respecto; las soluciones están bien sentadas y tienen un provenir brillante con la utilización de las redes que amplían la elección y facilitan la reproducción de las obras.

El segundo conjunto de razones —el acceso público a la información— separa mucho más a los Estados. La óptica aquí es diferente porque la excepción beneficia menos a los creadores que a los usuarios de las obras (véase más adelante, en la segunda parte).

Ciertamente, casi todos los Estados prevén en sus textos disposiciones especiales referentes a las noticias de actualidad. Ciertos sistemas contemplan restricciones a los derechos de autor y derechos conexos en beneficio de la enseñanza, y así es porque contemplan explícitamente esta excepción o porque la incluyen en una excepción más amplia. Pero, poco a poco, todo ello va en beneficio de un derecho del público o a la cultura que se pone de relieve y se opone a los derechos de autor y derechos conexos.

Es con respecto a este punto que las legislaciones difieren más entre sí porque indirectamente, al buscar las razones de ciertas excepciones, se llega a tocar el fundamento mismo del derecho de autor y de los derechos conexos y el lugar que se reserva a los creadores. El análisis es delicado porque más allá de la oposición discernible entre los dos grandes sistemas, se constata una diferencia en el seno de cada uno.

En los sistemas de *copyright* se sabe que el *fair use* y el *fair dealing* tienden a poner en un mismo plano el interés público y los intereses de los titulares de los derechos. Así, el Derecho estadounidense mide el ámbito de las excepciones del *fair use*, entre otras cosas, con respecto al interés público que está en juego. El artículo 171.3 de la ley británica es más preciso en el sentido de que consagra el derecho del público al "saber" y admite que el derecho exclusivo pueda eclipsarse ante el mencionado interés público. Es cierto que esta excepción establecida en 1988, cuando se codificó la práctica jurisprudencial, se ha invocado muy pocas veces con éxito (véanse al respecto las declaraciones del profesor Gendreau que figuran en las actas del coloquio de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI), Cambridge, 1998, en prensa) pero es digno de hacerse notar el hecho de que teóricamente se ha puesto de relieve con vistas a permitir el acceso a una obra y un autor no desea sin embargo que pierda su carácter confidencial.

En los otros sistemas, en mayor o menor grado, se es más circunspecto. Para un francés, aun cuando el interés general no está ausente de la construcción del derecho de autor y de los derechos conexos, este eventual límite sería de carácter externo a la propiedad literaria o artística. A fin de cuentas en Francia no se ve por qué el derecho de los creadores sobre las obras debería ceder su preeminencia a un supuesto derecho del público o a acceder a elementos del saber, es decir, a datos no elaborados. Es cierto que estos datos están con frecuencia incluidos, incorporados en las obras. Pero, nunca nadie ha pretendido arrogarse el monopolio de las ideas contenidas en una creación. Para convencerse de ello basta con referirse a la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la Sociedad de la Información. Como hemos visto, en los diferentes textos se ha tenido en cuenta este aspecto cuando se ha reglamentado la cuestión de las fronteras entre los derechos de autor y los derechos conexos.

Pero, suponiendo que a pesar de todo debe existir tal suerte de límite al derecho de autor, ¿cómo se evaluaría en qué términos debería establecerse. ¿Un derecho de atribución? ¿no es acaso el mínimo al que puede pretender un derecho habiente? ¿No habría que examinar cada caso con prudencia? Se sabe que este es el argumento que suelen utilizar los falsificadores. En Internet lo utilizan como justificación todos los piratas.

Sea como sea, si el argumento de la consideración del interés público es estimable, cabe reconocer que a veces la utilización que se hace de él desconcierta. Varios años después de la adopción de ciertas soluciones, no se consigue aún, en razón de las prácticas en curso, comprender sobre qué bases reposa efectivamente. El interés público ha servido de punto de partida a una limitación de los derechos de autor y de los derechos conexos pero a veces la

justificación se ha olvidado por el camino. Por último, cabe agregar que lo que está en juego es el interés público y no el interés del público. Esta distinción no es indiferente (véase más adelante; segunda parte, B). Y, razonando en este terreno, cabe afirmar que la protección de los derechos de autor y de los derechos conexos, igualmente, de interés público.

Al finalizar este primer análisis, los resultados que se comprueban son en absoluto alentadores. Muchas de las soluciones previstas reposan sobre explicaciones que no tienen mayor valor y no hay acuerdo en lo que respecta al lugar que debe asignarse a las otras. A menudo resulta difícil remontarse hasta las verdaderas justificaciones. Un análisis retrospectivo permite señalar que en muchos casos las excepciones han precedido a sus justificaciones. Por último, la superposición de textos sucesivos hace que los sistemas pierdan parte de su coherencia. ¿Cómo entonces construir razonablemente en el futuro?

2. Evolución posible en materia de excepciones

¿Se puede acordar con la necesaria armonización (I)? ¿Sobre qué bases (II)?

I. LO QUE SE ESPERA DE UNA ARMONIZACIÓN

Las soluciones prácticas a veces no modifican mucho entre sí, lo cual es tranquilizador en un momento en que el ámbito de utilización de las obras es el mundo entero. Efecto, son cercanas, pero idénticas. Ahora bien, está claro que no puede haber divergencias fundamentales en esta materia. ¿De qué servirá ponerse de acuerdo en el plano internacional sobre el contenido de los derechos si una construcción de este tipo se vacía de su sustancia cuando se adoptan excepciones divergentes? Los límites de las prerrogativas permiten, como ya se ha señalado, una visión negativa del contenido de los derechos de autor.

La Directiva en curso de elaboración en las Comunidades Europeas puede a este respecto resultar interesante. Es cierto que el trabajo sólo concierne a los Estados europeos pero es pertinente que la Dirección General XV de la Comisión sea un laboratorio para todo el planeta y que lo que allí se elabora en la reflexión que se lleva a cabo en otras instituciones o Estados, incluso en los más poderosos.

¿Habrá de retenerse la técnica adoptada en Bruselas que consiste – más allá de la excepción obligatoria de reproducción temporal (véase más adelante), en proponer una lista de excepciones cerrada y facultativa a la vez (artículo 5.2 y artículo 3)? Una armonización con lista cerrada es indudablemente una buena cosa; parece corresponder a la voluntad de la gran mayoría de los Estados miembros. Pero es sobre todo realizable en una comunidad de países con una cultura común y objetivos cercanos. No obstante, puesto que esta lista se impone a los Estados miembros los cuales pueden contentarse con aceptarlo que les conviene, ¿no cabe acaso dudar de la realidad de una armonización?

Al menos se está alabrigado de sorpresas malas en el sentido de que el establecimiento de excepciones no previstas es imposible pero, entre todas las excepciones propuestas para ser retenidas cabe tener en cuenta las divergencias considerables. Ahora bien, cada Estado se satisface en la medida en que estima que la lista de excepciones se irá alargando para que cada uno encuentre satisfacción. Así, se ha observado que la excepción de parodia figuraba en la primera versión. El riego de ver aumentada la lista que figura en el artículo 5 existe, aún cuando se sabe que el sistema no puede evolucionar desde el interior (por

interpretación judicial) puesto que el considerando 22 recuerda con firmeza que la lista es exhaustiva y el sistema es cerrado.

Consciente de que la construcción con base en este punto será lenta, el Consejo de Estado francés, en un informe hecho público el 8 de septiembre de 1998, sugiere que: *cada Estado imponga a los responsables de los sitios Web con residencia en su territorio que prevean un dispositivo tecnológico que limite el beneficio de las excepciones a los derechos de autor (sobre todo las relacionadas con el fair use) a los usuarios que residen en su mismo territorio. Tales dispositivos de tamizado del acceso en función del lugar de residencia de la persona que consulta el sitio existen y por lo demás en algunos sitios aún cuando su eficacia no sea todavía total.*

¿Cuáles podrían ser estas futuras excepciones?

II. FISIONOMIA DE LAS EXCEPCIONES FUTURAS

Sede bate hoy en día acerca de la oportunidad de retener nuevas excepciones ya este respecto las opiniones están divididas. Hay quienes estiman que es demasiado pronto. Los partidarios de los sistemas abiertos piensan que la legislación es suficientemente flexible como para que se adapte a las nuevas situaciones. Otros, temen que una reflexión “sobre caliente” llevada a cabo bajo la acción de los grupos de presión, conduzca a la admisión de disposiciones no adaptadas. Un interrogante fundamental parece sin embargo imponerse: en la adopción de nuevas excepciones, ¿deberá distinguirse entre lo digital y lo analógico? No se debería responder a este respecto afirmativamente sin una reflexión previa. Por el contrario, la construcción futura debería ser de carácter neutro. El medio digital puede ciertamente brindar la ocasión de replantearse la cuestión y de poner fin al desorden. Conviene sin embargo distanciarse de los datos técnicos que cambian permanentemente y que por ello están llamados a quedar obsoletos. Dejan de estar bien sentados, y habiendo emprendido el trabajo de puesta en perspectiva y de búsqueda de coherencia, nada impide reflexionar y buscar soluciones a las cuestiones que plantean de manera muy particular el medio digital y las redes. Siendo este ámbito muy vasto, sólo se invocará aquí algunas hipótesis: la copia privada digital (A) y la copia técnica (B).

A. La copia privada digital

Los peligros de la copia digital se conocen bien: facilidad de copia, formidable capacidad de almacenamiento, calidad de la reproducción, multiplicación de los soportes... La técnica del MP3 es bastante inquietante. La auto-limitación natural existente en el universo analógico ya no se da.

Los tratados de la OMPI de 1996 no previeron nada específico a este respecto y en la primera versión de la propuesta de Directiva comunitaria se eludió la cuestión. Con posterioridad a las acciones de los derechohabientes, el texto evolucionó (versión del 21 de mayo de 1999) y pareció dar a los Estados la facultad de prever una excepción por copia privada digital acompañada de una retribución; sin perjuicio de la facultad, para los titulares de los derechos, de recurrir a medios técnicos operativos, fiables y eficaces para proteger sus intereses, lo que se traduce en la autorización de dispositivos anticopia (artículo 5.2 “*Los Estados miembros podrán establecer limitaciones del derecho exclusivo de reproducción previsto en el artículo 2 en los siguientes casos: (...)* b) *bis. en relación con las*

reproducciones en soportes digitales de grabación, sonora, visuales o audiovisuales efectuadas por una persona física para uso privado exclusivamente personal y sin fines lucrativos, sin perjuicio de los de medios técnicos operativos, fiables y eficaces para proteger los intereses de los derechohabientes ; de cualquier modo, debe garantizarse una compensación equitativa a todos los derechohabientes por toda copia digital privada”).

Cabe a este respecto plantearse la siguiente pregunta: ¿habrá de prohibirse la copia privada o metiendo el derecho de copia a la autorización de los derechohabientes o se habrá de prever solamente una remuneración compensatoria? Las dos soluciones no se excluyen necesariamente y algunos sueñan con aceptar ambas.

a) *Las soluciones posibles*

¿Prohibir la copia privada? La experiencia se intentó en Dinamarca y sería interesante comprobar sus efectos. Por ahora no parece que esta política haya dado frutos.

La mencionada opción suscita varias interrogantes:

- ¿cabe una concertación entre derechohabientes?
- ¿cuán efectiva sería tal prohibición?
- ¿cuál sería la reacción de los utilizadores de obras?

La eficacia podría asegurarse por intermedio de dispositivos tecnológicos. La técnica presta entonces el soporte al Derecho amenazado por la técnica. Pero ¿puede esperarse todo de la técnica? Para ser más eficaces, los propios dispositivos de control deben estar protegidos. Lo trató la OMPI y la propuesta de Directiva comunitaria prevén medidas de este tipo. En un juego de espejos sin fin le corresponde al Derecho venirse a encontrar con la técnica para que ésta preste eficazmente servicios al Derecho...!!!

¿Existen estos dispositivos tecnológicos eficaces? ¿Puede a este respecto haber una normalización? ¿Puede imponerse a los fabricantes? Debería buscarse en esta materia un acuerdo entre los actores que se mueven en el universo de los soportes físicos (*hardware*) y de los soportes lógicos (*software*). Y, llevando este razonamiento al extremo: ¿acaso se puede llegar incluso a reglamentar la fabricación o el comercio de los materiales de copia? Son otras tantas preguntas que habría que responder si se emprende esta vía.

En el supuesto de que se encuentren respuestas tranquilizadoras a estas interrogantes, todavía quedaría por resolver una cuestión más delicada que es la de la aceptación de semejantes medidas por los usuarios. La propuesta aludida más arriba afecta a los Estados que planteen el principio intangible de que el derecho de hacer copias para uso privado constituye un derecho inalienable del ciudadano; o que oponer el derecho del público a la cultura y a la información. Ahora bien, no cabe duda de que la utilización de dispositivos tecnológicos se traduce en una restricción del acceso a las obras. Se ve el veneno en el agua aquí, bajo otra forma, las diferencias irreductibles que parecen oponer los yareferidos sistemas.

¿Habría acaso que contentarse con compensar las pérdidas provocadas por las copias ilícitas o se intentaría generalizar sobre la base de sistemas de “remuneración equitativa” o de “compensación equitativa” según otra terminología? (véanse el considerando 26 y el artículo 5.2b) bis de la propuesta de Directiva).

b) *Las dificultades de aplicación de una “compensación equitativa”*

Las interrogantes son aquí numerosas:

¿Por cuánto tiempo?

¿Como solución provisional de manera más permanente? En la familia de las soluciones comunitarias, el Senado francés adoptó el 12 de mayo de 1999 una resolución en la que se indica que la existencia de un derecho de remuneración no se traduce en una imposibilidad de recurrir a la utilización de dispositivos tecnológicos que cierran el acceso a una obra.

¿En qué ámbito?

¿Todas las obras, incluso las que no son sonoras ni audiovisuales? “*Reproducciones en soportes digitales de grabación, sonora, visual o audiovisual*”, propone la Directiva. Además, ¿habría acaso que examinar las soluciones que se refieren a los programas de ordenador y las bases de datos?

¿Cómo?

¿Primer o por medio de una suma que se cobre sobre la venta de material? Pero, ¿de qué material? ¿de los soportes móviles (disquetes, discos regrabables...)? ¿de los soportes integrados o encastrados (discos duros...)? ¿de los materiales de reproducción (grabadoras, magnetoscopios...)?

¿Qué porcentaje ha de cobrarse?

Un franco (0,2 euro o 20 centavos) en el caso de un disco virgen equivale a más del 10 por ciento del precio de compra para el consumidor. ¿Es suficiente en el caso de un soporte que puede contener una cantidad de levadísimo de obras?

¿Se debe también cobrar suma sobre los bonos de acceso a las redes que se donde se encuentran la mayor parte de las obras susceptibles de ser copiadas? Mejora ú serías sobre los flujos de información. Después de todo, ciertos proveedores de acceso por cable regulan y los flujos de sus abonos. Conviene sin embargo, ser prudentes respecto de la multiplicación de las sumas por que no sería conveniente que los derechos de autor se consideraran como un impuesto o un tasa.

¿Cómo se efectuará la distribución de las sumas cobradas?

La unidad de medida que actualmente utilizan muchas legislaciones se vincula a ciertos soportes y a un modo de consumo lineal (duración, metros...). ¿Por qué otra unidad habría de reemplazarse? ¿Por el bit? Sin embargo, un modo de cálculo fundado en esta unidad podrían ser pertinente por que es sabido que las diferentes técnicas de compresión dan resultados diferentes y que las obras ocupan más o menos espacio en memoria según su tipo (algunos segundos de imágenes animadas necesitan capacidades de almacenamiento importantes como las que exigen la digitalización de un libro entero).

¿Será posible acumular las soluciones de prohibición y de compensación? A priori parece contradictorio. Pero es sabido que los dispositivos tecnológicos no son de riesgo.

LapropuestadeDirectivanopareceexcluirestaacumulación.Laexposicióndemotivosdesu versión del 21 de mayo de 1999 se precisa losiguiente: “ *En lo relativo a las modalidades de la relación entre la copia privada y los medios técnicos (la Comisión) sustituye la expresión propuesta por el Parlamento “en la medida en que se disponga de medios técnicos” por la expresión “sin perjuicio de los de medios técnicos” (véanse los considerandos 26 (y letras b) y b) bis nueva del apartado 2 del artículo 5) y 27.*

El Consejo de Estado francés parecía hostil a dicha acumulación y dejaba elegir a este respecto al autor. En su informe de septiembre de 1998 presentado al Primer Ministro, dicho Consejo estimó estar en condiciones de proponer “una solución de compromiso” que el Gobierno francés podría someter a la consideración de los otros Estados miembros de la Comunidad Europea y que consistiría en: *establecer como principio general el que la copia privada, es decir, aquélla reservada estrictamente a la utilización privada del copista y no destinada a una utilización colectiva que sea autorizada, salvo prohibición expresa del titular de los derechos sobre la obra, notificada al copista con ocasión de la realización de la primera copia en el sitio Web por medio de un mensaje explícito (véanse los considerandos 26 y 27).*

El respeto de esta prohibición se podría asegurar mediante un dispositivo tecnológico que impida la copia pero *los titulares de los derechos podrían verse incitados a no prohibirla copia privada por una extensión de los dispositivos legales de remuneración por copia privada.* Como en Grecia, esta retribución podría percibirse separada de los nuevos soportes de grabación. El sistema reposaría pues en la decisión del titular. Parece, sin embargo, que este cobro es algo complicado de poner en práctica.

Además, el análisis francés no resuelve el problema de fondo constituido por el hecho de que en ciertos países existe un “derecho” a la copia privada. En estos Estados, la idea de que el titular de los derechos, haciendo uso de la tecnología, pueda prohibir la copia de una obra incluso a título privado puede causar extrañeza. Pero es cierto que la postura del Consejo de Estado francés concuerda con el enfoque continental según el cual la copia privada constituiría una excepción impuesta al autor por razones de índole práctica. Si desparecieran tales razones nada impide que se levante esta restricción al derecho de autor.

Por ahora parecería que los derechos habientes se inclinarían más bien por la seguridad de una retribución equitativa, como decisión definitiva o como una primera etapa?

B. La “copia técnica”

Se ha hecho mención de un debate importante sobre las reproducciones técnicas que exige la transmisión digital (copia en el servidor del sitio Web y en el proveedor de acceso, en la memoria viva y en el disco duro del ordenador del usuario...). Este asunto, que fue objeto de vivas discusiones en Ginebra (sin que se llegara a adoptar una solución) se menciona en el artículo 5.1 de la propuesta de Directiva comunitaria.

Existe un consenso, aunque vago, sobre la utilidad de crear una nueva excepción a fin de permitir la circulación de las obras en las redes digitales pero el acuerdo es evidente en cuanto a la forma o el alcance de la excepción. A este respecto, es necesario aclarar (a) la amplitud del problema; y b) distinguir entre copia fugaz y copia provisional.

a) *Diversidad de las copias técnicas*

En la exposición de motivos (texto del 10 de diciembre de 1997, documento COM97 (628, final, página 33 de *l* texto francés) de la yacitada propuesta de Directiva sobre el derecho de autor y los derechos conexos en la Sociedad de la información, se justifica la búsqueda de una solución uniforme indicando que *: a título de ejemplo, la transmisión de un vídeo al acarta que se extrae de una base de datos ubicada en Alemania para un ordenador doméstico ubicado en Portugal es una operación que necesita primeramente la realización de una copia en el lugar en que se encuentra la base de datos y luego en promedio un *ntenar* de actos, por lo general efímeros, de memorización efectuados entre Alemania y Portugal. Si la situación jurídica no fuera la misma en ambos Estados miembros y si determinados actos de memorización accesorios estuviesen sujetos a autorización, la *lib* recirculación de obras y servicios, sobre todo de los servicios en línea que incorporan un objeto protegido, sería obstaculizada. Este ejemplo permite comprender la razón por la cual ciertas reproducciones efímeras deben escapar al monopolio del autor, *per* no convence en lo que respecta a la necesidad de admitir una desaparición del derecho de autor para todos los actos de reproducción digital de carácter temporal.*

Se comprenden claramente las razones que conducen a los proveedores de acceso a reivindicar el beneficio de esta excepción para la reproducción de obras en los ficheros *cache* de los servidores del sitio Web correspondientes, es decir, como *idad*, limitación de las comunicaciones internacionales, etc. Incluso las universidades se beneficiarían de esta excepción. Se trata pues, nuevamente, de razones prácticas que servirían para justificar una excepción, pero se comprenden los temores de los titulares de los derechos que señalan que la utilización de los ficheros *caches* reduce el número de consultas *as* directas a los sitios Web e impiden el recuento de las consultas de las obras en estos sitios, lo que sería muy preocupante en la hipótesis en que la retribución al autor se base en el número de consultas (*hits*). Cabe añadir que los referidos ficheros *caches* pueden impedir la introducción de dispositivos tecnológicos de identificación de las obras y de “contadores electrónicos”.

No es pues sorprendente que se haya manifestado una profunda preocupación sobre estos puntos y que haya sido muy animado el debate *een* la Unión Europea. Es muy cierto que la adopción de la excepción de que se trata requiere actuar con gran prudencia y poner especial cuidado en la redacción. Los términos “copia técnica” parecen muy imprecisos, peligrosos, y poco operativos y la palabra *a* *caching* cubre realidades muy diferentes.

En Francia, el Consejo de Estado ha sugerido que se enmarque de manera precisa el ámbito de esta excepción y que se distinga la copia técnica “efímera” de la “temporal” y que *podría considerarse que esta excepción de derecho de autor sólo se aplicaría a la copia técnica efímera*, es decir, la que forma parte integrante de un procedimiento técnico cuya única finalidad se permite la utilización en línea de una obra u otros objetos protegidos *cuya existencia no obrepasa la duración de la transmisión*. En consecuencia, esta excepción sólo se aplicaría a las reproducciones en los servidores de enrutamiento *, en la memoria viva del ordenador del usuario, etc.*, pero sin posibilidad de conservación más allá de la transmisión o de la utilización autorizada por el titular de los derechos. Así pues, las demás copias, incluidas las realizadas en los ficheros *caches* de los proveedores de acceso, seguirían sometidas al derecho exclusivo del autor. El Consejo de Estado introdujo *os* sin embargo de inmediato una reserva considerando *que ha sido de cuenta de la importancia técnica y económica de los ficheros “cache” para el desarrollo de Internet se podría prever asimismo una segunda excepción en favor de la “copia técnica temporal, es de *cir*, la realizada en los ficheros “cache” de los “proveedores de *acceso*”*. En tal caso sin embargo no habría ya

excepción del derecho de autor sin una simple restricción del mismo, es decir, se aplicaría el principio de retribución por copia técnica.

Después de numerosos debates, en la citada propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización, artículo 5.1 (versión del 21 de mayo de 1999) se dispone que: “1) *El derecho previsto en el artículo 2 no se aplicará a los actos de reproducción transitorios y accesorios, cuando formen parte integrante e indispensable de un proceso tecnológico, incluyendo aquellos que faciliten el funcionamiento de los sistemas de transmisión, cuya única finalidad consista en facilitar el uso de una obra u otro trabajo, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.*”

Si bien el texto se ha mejorado, es un hecho que al considerar el 26 de dicha propuesta que trata de explicarla, parece tener un método bastante amplio que dice: “*Considerando que conviene establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, tales como las reproducciones transitorias y accesorias, que formen parte integrante e indispensable de un proceso tecnológico desarrollado con el único objeto de permitir la utilización de una obra o de otros materiales protegidos y que no tengan en sí un valor económico; que en estas condiciones, la excepción mencionada cubra asimismo los actos de creación de ficheros de navegación.*”

b) Necesidad de distinguir entre copia efímera y copia temporal, entre *caches* (ficheros temporales) y *browsing* (navegación o lectura rápida)

Si duda en este caso conviene ser también muy prudentes y hacer las distinciones necesarias. No se puede dudar de que ciertos actos de reproducción deben escaparse a los derechos de autor y derechos conexos. Así por ejemplo, no deberían estar sometidos a estos derechos las reproducciones efímeras al momento de encaminar una obra en la red; y sea porque se considere que el derecho de reproducción por su propio carácter no se aplica a utilizaciones; o bien porque, siendo evidente, aunque se proclame, de dejarse ejercer temporalmente. No es por su carácter temporal que estas reproducciones escapan al derecho de autor, o porque se haga por segmentos (entonces la reproducción no es indeleble y poco importa que sea parcial), sino porque sería absurdo y contrario al buen sentido someter tal acto a cualquier tipo de autorización especial. Es evidente que se entra aquí en una lógica de “acto necesario” pues el titular de los derechos que acepta la explotación de su obra por intermedio de las redes admite necesariamente este tipo de utilización indispensable.

Una cuestión muy diferente es la que se refiere a los ficheros *caches*. En este caso, lo que plantea dificultades no son las copias que realizan los particulares que consultan una obra, sino más bien las que realizan los proveedores de acceso.

En el primer caso, el internauta que accede con regularidad a una obra y la consulta conectado a la red, efectúa a algunos actos de reproducción que podrían, a priori, considerarse que atenta al monopolio del autor. No se puede establecer integralmente un paralelo con los actos que necesariamente debe efectuar el utilizador legítimo de un programa informático que es el caso opuesto. En efecto, si la reproducción en la memoria viva del ordenador del utilizador de un programa escapa lógicamente al derecho de autor, se debe, por una parte, al hecho de que el utilizador no tiene otra alternativa y debe realizar dicho acto y por otra parte, a que la reproducción es efímera. Ahora bien, si la reproducción en *cache* es igualmente necesaria a la utilización de la obra, la reproducción realizada no está en efímera puesto que

permanecen en memoria incluso cuando se está desconectado de la red o cuando el sistema se ha apagado. De todos modos, sería perfectamente posible admitir la adopción de un texto que excluya la sujeción de tal acto a los derechos de autor y a los derechos conexos con anterioridad a la obra se ha puesto, por conducto regular, a disposición del público.

Por el contrario, para referirse a la misma solución, y fuera del texto, es completamente imposible hacer un paralelo entre la tolerancia que se tiene respecto de quienes se hojean una obra en librería (de donde arranca el éxito de la palabra *browsing* (lectura rápida)). Desde la óptica y a del internauta sin duda la entidad que pone la obra a disposición del público, no puede dejar de constatar que la práctica de leer trozos de una obra en línea supone que en etapas anteriores se ha realizado un acto de comunicación al público en el respeto de los derechos de la propiedad intelectual.

¿Es acaso posible ir todavía más lejos y admitir la libertad de realizar copias de los sitios Web para aumentar la fluidez de la comunicación de las obras en las redes? Ello equivaldría a plantear la cuestión del sistema de “*caches*” establecido por los proveedores de acceso que con ello se pretende economizar la travesía oceánica en la consulta de un sitio. Las razones invocadas (rapidez, comodidad, ocupación excesiva de la banda que pasa ...) se comprenden perfectamente, pero ello no impide que a estos respectos se esté en la esfera de la comodidad y no en la esfera de lo inevitable. Además, al inverso de lo que sucede en los servidores de enrutamiento, en estos casos hipotéticos la copia no es efímera. Si bien la ausencia de sujeción a los derechos de propiedad intelectual podría parecer idéntica en el caso de la circulación de la obra, en el caso de los *caches* no constituiría una solución natural por lo que habría que considerarla como una circunspección y someterla a la satisfacción de ciertas condiciones.

Como se puede apreciar, en lo que respecta a los límites internos, el futuro no es fácil de aprehender; pero, la imprecisión también caracteriza el presente a estos mismos efectos.

SEGUNDA PARTE: LAS LIMITACIONES EXTERNAS

Habiéndose comprobado que los límites internos al derecho de autor y a los derechos conexos podrían explicarse por la consideración de intereses distintos de los intereses de los creadores, no debería sorprender que consideraciones afines fijen otros límites, esta vez exteriores a los derechos de autor y derechos conexos. Estos derechos no pueden en efecto existir al margen de otras lógicas del Derecho. Comprobar que se trata de derechos especiales cuya existencia se justifica sobradamente no cambia para nada el análisis. La autonomía de estos derechos especiales naturalmente queda limitada por otras consideraciones, a veces de mayor jerarquía que las que les sirven de fundamento.

Así pues toda esta cuestión presenta numerosos aspectos. En el siglo XXI el verdadero peligro para los derechos de autor y los derechos conexos provendrá sin duda de la ejercitación de la libre competencia; ámbito en el que todavía resulta más difícil realizar un estudio de Derecho comparado. En primer lugar porque ello requiere dominar perfectamente, no sólo el contenido de los diferentes textos que regulan la propiedad intelectual, sino también la lógica y el contenido de numerosas disciplinas de diferentes sistemas, a lo que se agregan las interferencias que se producen entre las diferentes grandes categorías de derechos en los diferentes países. En efecto, es posible comprobar de inmediato que los Estados que han

integrado bien las lógicas del derecho de autor y de los derechos conexos en su propia legislación sobre la propiedad literaria y artística, recurren raramente a estos correctivos exteriores para estimar los inútiles o redundantes. En los demás Estados, y para atenderse al esencial, se comprobará que estas construcciones jurídicas externas son mecanismos correctores tomados de la teoría general o los principios generales del Derecho, algunos de las cuales permiten oponerse a una aplicación normal del derecho (véase § 1); otras, proceden del hecho de que se toma en cuenta el interés general que se considera superior al interés de los creadores y de los auxiliares de la creación (§ 2). Esci rto sin embargo que esta distinción entre correctivos tiene más valor pedagógico que científico en la medida en que, por una parte, ciertos mecanismos se justifican sobre la base de estas dos lógicas diferentes y por la otra, que las construcciones evolucionan y que defavoreceruntipode fundamentose pasaa favorecer otro.

1. Correctivos al ejercicio normal del derecho

Abuso del derecho. Una idea bastante extendida es la de que todos los derechos, incluso los más absolutos, deben ejercerse normalmente. A este respecto, la doctrina sobre el abuso del derecho permite en algunos Estados sancionar a quien pervierte esta prerrogativa ejerciéndola mal, yasea porque actúe guiado por la intención de perjudicar, yasea porque alejesu prerrogativa de la finalidad que le ha sido asignada, o bien porque el ejercicio del derecho no está justificado por un interés legítimo.

Sería sin duda interesante destacar el lugar que se atribuye a cada una de estas situaciones. Limitándose a una visión general, puede señalarse que la teoría permite precisar la deontología que se exige a los autores y la manera como deben ejercer sus prerrogativas. De este modo, en lo que concierne a los derechos de autor y derechos conexos, estos principios permiten determinar un código de buena conducta que debe aplicar quienes ejercen sus derechos en este campo. En ciertos Estados sin embargo, este correctivo parece estar menos desarrollado o ser desconocido. Donde se reconoce sobre todo en los países que aplican el sistema de excepciones denominado “cerrado”. De hecho, y respecto del derecho de autor se trata, sobre todo, de establecer un correctivo en los sistemas que asignan un lugar preponderante al creador de la obra. En estos sistemas se preconiza una cierta prudencia en la aplicación de la teoría y sólo se interviene en presencia de desviaciones manifiestas. Sin embargo, en Francia no se vacila en aplicar la teoría del abuso del derecho a lo que se considera más sagrado en el derecho de autor, es decir, el derecho moral, esa prerrogativa “personalísima” que a veces se califica de discrecional. Pero, en todo caso, no se trata de un límite al derecho propiamente tal, al derecho en sí, sino de un correctivo al ejercicio del derecho. Es paradójico que este mecanismo no debilita el derecho de autor. Al contrario, en tanto que un derecho que se ejerce de manera abusiva provocaría un rechazo general y global del derecho de autor, con el peligro de una cierta ineficacia, la presencia de los correctivos lo fortalece y legitima por cuanto los terceros se abena labrigode abusos potenciales. Sin embargo el hecho de que, como para todas las cosas que entrañan un riesgo, esta teoría sobre el abuso del derecho se debe aplicar con moderación.

Protección del consumidor. Aunque parezca sorprendente, se pueden relacionar estas soluciones con las elaboradas a propósito de la protección del consumidor en la medida en que parecería que el derecho que regula el consumo no permite poner un límite a la lista o al contenido de los derechos del consumidor sino sólo al ejercicio que se hace de ellos.

El examen de los límites que el derecho del consumidor puede aportar a los diferentes tipos de propiedad intelectual figuraba en el programa de las jornadas de ALAI, celebradas en Cambridge en septiembre de 1998. En los informes nacionales que se presentaron en esa oportunidad, se señaló que esta cuestión afectaba a los medios universitarios que, siendo a la vez utilizadores y creadores de obras, las sentían como una verdadera provocación. No hubo mucho debate de modo que no fue posible poner de manifiesto los buenos argumentos que permiten a este derecho del consumidor aportar restricciones exteriores a los derechos de propiedad intelectual y ello a pesar de que las intervenciones procedían más bien de los consumidores que de los productores de obras.

Libre competencia. Siguiendo esta misma vía, cabe preguntarse si en parte no deberían abordarse desde esta perspectiva algunas de las soluciones aplicadas en materia de libre competencia. Por lo general, también en este caso, no es el contenido del derecho la causa del problema (al menos así cabe esperar) sino el ejercicio que hace de él algunas personas.

Este examen sin embargo debe ser matizado ya que, por una parte, es necesario admitir que, aplicando estas soluciones, los tribunales establecen límites considerables al carácter absoluto o exclusivo del derecho de autor y que, por otra parte, la frecuencia de la reacción de los jueces se basa en razones que no se atreven a confesar. Así, no se puede ignorar que en presencia de obras que en el mejor de los casos pertenecen a la categoría de la “pequeña” propiedad literaria, el derecho de libre competencia limita el derecho de autor. De hecho, este derecho se restringe por que no se ha respetado otros límites, a saber, los de las fronteras del derecho de autor (como lo demuestra la jurisprudencia de los países de la Unión Europea). Aquí aparece de nuevo la lógica de la pluralidad de límites que se expuso al comienzo del presente estudio. Al no haberse prestado la atención debida al problema de las fronteras (qué es una obra y qué consiste su originalidad) habrá que hacer frente a los efectos que de ello se derivan en lo que respecta al contenido de estos derechos; como si en relación con ciertas “pequeñas obras” sólo pudieran existir “pequeños derechos”. Si bien es cierto que este razonamiento tiene su lógica, también presenta ciertos riesgos ya que al no tenerse en cuenta las razones en que se basa la propiedad intelectual, se pervierte el todo a la cuestión de los derechos de autor con consecuencias nefastas que, si bien no destruyen la base (¿y qué quedaría del derecho de autor si se retirara la exclusividad?), pueden suprimir la coherencia del sistema.

Derechos de la personalidad. Como se desprende de lo expuesto, la reacción del aparato jurídico puede ser vigorosa, cosa que también ocurre a propósito de los derechos de la personalidad. En todos los sistemas que poseen una concepción fuerte de los derechos de la personalidad, se acepta que estos derechos limiten los derechos atribuidos a los creadores y auxiliares de la creación. No hay duda de que la sanción no puede consistir en negar el monopolio, pero sobre esa base es posible impedir la explotación de la obra o de los elementos protegidos así como imponer transformaciones a la creación.

Estos límites limitan solamente el derecho patrimonial sino también los derechos morales. Este aspecto es tanto más notable cuanto que los aspectos que se refieren a las excepciones a los derechos aquí tratada tienen en cuenta fundamentalmente los derechos patrimoniales. Se comprueba que un examen más amplio de los límites toca también esta prerrogativa más personal (véase más arriba lo indicado en relación con el abuso del derecho). Es cierto que esta cuestión no tiene la misma amplitud en todos los sistemas. La explicación es simplemente radica en el hecho de que si bien parece haberse alcanzado un acuerdo sobre

el contenido de los derechos patrimoniales, en el terreno de los derechos morales la oposición es actualmente muy viva.

2. Limitaciones que resultan de la consideración del interés general

El respeto del interés general es indiscutido y esto es tan cierto que la mayor parte de los sistemas jurídicos han incluido esta consideración en la legislación sobre el derecho de autor y los derechos conexos (véase A). Recordar esta preocupación es necesario para comprender por qué debe evitarse los “asaltos” procedentes del exterior del sistema, incluso si están basados en una lógica de protección de los derechos humanos (véase B).

A. El respeto del interés general

En los debates del primer Congreso de la Asociación Literaria y Artística Internacional, Víctor Hugo, fundador de la mencionada asociación, declaró que *la propiedad literaria pertenece más que a ninguna otra al interés general* (intervención ante el Congreso Literario Internacional de París de 1878, París, 1979, pág. 276 del texto francés). Esta posición del gran autor francés es tan más interesante cuanto que no emanaba de un utilizador sino de uno de los creadores más fecundos de la historia de la literatura francesa y se apartaba radicalmente de la idea romántica en boga en la época como también del principio, mil veces reiterado en Francia después de la revolución según el cual *la propiedad literaria es la más sagrada de todas las propiedades*. Esta declaración del gran poeta ha en el siglo XIX en Europa — sigla del descubrimiento de los derechos de la originalidad y del reconocimiento del derecho moral, dos aspectos que manifiestan el valor personalísimo que une al autor y su obra — dio lugar a profundas reflexiones. Lo menos que se puede decir es que actualmente todos los textos internacionales muestran un atado de conciencias similar al respeto del interés general.

Lo anterior no puede sorprender puesto que desde un principio ciertas legislaciones fueron elaboradas, al menos en parte, teniendo en cuenta el interés general. Así, ya en 1787, en la Constitución de los Estados Unidos se declaraba que: *el Congreso está facultado para (...) promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles, asegurando por un tiempo limitado a los autores e inventores, un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos*. Es cierto que algunos estudios doctrinales (Ginsburg, J: “A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America, RIDA, enero de 1991, págs. 125 -289) muestran que las reivindicaciones personales de los autores no eran desconocidas y que textos posteriores tendrían que realizar una equitativa librería entre los intereses de los unos y los derechos de los otros. Así, la primera ley de Estados Unidos de América sobre los derechos de autor (1790) indicaba en su título que su objetivo era *la promoción del saber* y establecía que *los ejemplares de los mapas geográficos, mapas marinos y libros, pertenecerán a los autores y poseedores de dichos ejemplares durante los períodos mencionados en el presente texto*. Actualmente también se mantiene la idea de que el derecho de autor debería utilizarse como medio de favorecer la instrucción pública. Precisamente sobre estas bases se espera que se determine el carácter inconstitucional de ciertos nuevos textos estadounidenses (octubre de 1988) que prolongan la duración de la protección.

Este “equilibrio de intereses” está también presente en los textos internacionales. En el Convenio de Berna por ejemplo, se admite la obligatoriedad de las licencias de reproducción y de traducción en favor de los países en desarrollo y sobre la base de este texto muchos Estados establecen excepciones puntuales en beneficio de bibliotecas y archivos, también

por razones análogas, en favor de museos o incluso de ciertas agrupaciones que no persiguen fines de lucro. Este hecho es tan más notable cuanto que en sus primeras redacciones dicho Convenio sólo trataba de los derechos de autor, aún cuando en las reuniones preparatorias se invocaron los intereses de terceros.

Pero, ¿qué ocurre en otros textos no especializados?

B. Influencia de los derechos humanos

A este respecto, conviene señalar que el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, puede ser objeto de dos interpretaciones diferentes. El texto de ese artículo es el siguiente:

“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”.

Puede considerarse que este artículo consagra en un mismo aliento los derechos del público y los derechos de autor de manera que no es necesario sacrificarlos prioritariamente, o bien que insiste en un orden de presentación y que en consecuencia establece una jerarquía útil por la que los derechos del público preceden al interés de los creadores. También causa cierta desazón la terminología que puede considerarse que toma parte en la vida cultural es un derecho tanto que para los creadores sólo se habla de una protección de sus intereses. En los textos sobre la propiedad intelectual se ha retenido la solución inversa.

Cabe hacer una reflexión similar a propósito del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales cuyo artículo 10.1 precisa que *“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...”*. El mencionado texto permitió afirmar a la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH, 25 de agosto de 1998, Hertzl (Suisse)) que la mencionada libertad *“... es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática en la medida en que favorece el progreso y el pleno desarrollo de cada ser humano. De lo anteriormente expuesto ¿cabría acaso deducirse que cada persona dispone en adelante del derecho de recibir cualquier elemento de conocimiento sin que se le pueda oponer un derecho preexistente, concretamente, el de propiedad intelectual?”*

La dificultad surge del hecho de que la mayoría de las veces las obras son vehículos de los mencionados elementos del saber. Para hacer posible el acceso al saber que transportan las obras del intelecto humano éstas deberían ser reproducidas libremente. Sobre la base de esta argumentación el Tribunal francés (Tribunal de Última Instancia de París, 23 de febrero de 1999 y citado, pág. 21) creyó poder descubrir una nueva excepción al derecho de autor en materia de reproducción y representación televisiva. Suponiendo que este razonamiento fuera admisible ¿cuál debería ser el régimen de esta restricción del derecho de autor? ¿Hay verdadera excepción al derecho si la obra puede ser reproducida, libre y gratuitamente, afín de que la información sea fácilmente accesible? O bien ¿sería del caso admitir que desaparece la exclusividad, previéndose obligatoriamente una licencia o un derecho de retribución? Esta

segunda solución apuntaría a conseguir un equilibrio entre dos intereses contradictorios sin por ello desconocer por completo los derechos de autor. La primera, permitiría llevar al extremo el objetivo de la difusión del conocimiento, si lo que está en juego es verdaderamente la difusión de la obra, no se siente por qué este acceso al saber debe ser remunerado. Pero en realidad esta última opción puede parecer muy teórica y un poco ilógica y no cobra sentido sino en términos de un “equilibrio interno de intereses”. El inconveniente de la intervención de los correctivos externos a la propiedad intelectual radica en que, a parte de su dureza, corresponde a una lógica completamente diferente.

No obstante, se puede dudar seriamente acerca de la pertinencia de una tal construcción pudiéndose proponer varios argumentos para rechazar una u otra de estas soluciones. En primer lugar, como ya se ha dicho, el supuesto derecho a la información no debería servir de fundamento sino al acceso a los elementos del saber pero no a una autorización para producir libremente las obras. La confusión proviene del hecho de que la información es un mensaje cualquiera expresado de manera tal que lo hace comunicable a otra persona (Catala, P.: “La propriété de l’information”, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, n.º 6, pág. 97 y sgtes., especialmente pág. 99). Etimológicamente la palabra información viene del latín “informare” que significa meter en forma. En opinión de algunos ello implica que para beneficiarse del mencionado “derecho de acceso” a un mensaje, se debería poder “utilizar” a voluntad la obra que lo transporta. Pero de hecho eso equivale a confundir el elemento de conocimiento con el hecho de conocimiento. El derecho a la información no debería ejercerse sino sobre los mensajes y los elementos del saber. Si no se hace esta distinción, por la vía de aumentar la confusión e invirtiendo la lógica, podría llegarse a considerar que toda obra de información y como tal debe ser ofrecida al público. Pero, repitámoslo una vez más, se trata de una confusión que es necesario evitar: puesto que el derecho de autor no se ejerce sobre las ideas sino simplemente sobre la forma, las propias obras no deberían verse afectadas por este razonamiento. De todas maneras el saber contenido, asimilable a las ideas, circula libremente. ¿Por qué razón habría de admitirse una nueva excepción sobre las obras cuando la propia materia que transportan, y que es lo que se busca, está disponible sin restricciones? Al anterior cabe agregar que los autores no son responsables de una eventual desigualdad en el acceso a la información; y siendo así, ¿por qué deberían los autores soportar la carga de los mecanismos correctores?

En segundo lugar hay otra confusión que debe evitarse. Una cosa es decir que el derecho de autor encuentra su frontera en el interés público y otra cosa es considerar que el autor debe soportar restricciones en interés del público. Sólo el primero se confunde con el interés general o el Bien Común. Sobre todo, no habría que olvidar que ha llegado a ser un reflejo para los falsificadores de justificarse sus actos ilícitos por la supuesta búsqueda de un hipotético interés general.

En tercer lugar, cabe hacer notar que este movimiento anunciado se pone diametralmente al movimiento que se percibe en sentido contrario con la creación de un derecho sui generis que beneficia a los productores de bases de datos. Se sabe que la solución ya se admite en todos los Estados de la Unión Europea (transposiciones de la Directiva del 11 de marzo de 1996). No es necesario decir que el autor de este estudio aprueba la creación de este nuevo derecho pero es preciso al menos constatar que en la búsqueda de un equilibrio entre el derecho a la información y el derecho sobre la información ya se ha decidido (aunque es cierto que es más bien el “exceso de reservas” el que genera reacciones de gran dureza, véase el caso Magill).

Encuanto lugar, y de jando de considerar esta creación excepcional admitida por el momento sólo en determinados Estados, conviene señalar que las soluciones del derecho de autor y de los derechos conexos yatiene en cuenta, como formas diferentes, estas aspiraciones así como la preocupación por la difusión del saber. Es el caso de la excepción establecida para las citas, admitida en todos los países. Establecidos los sistemas que admiten excepciones con fines de educación o de archivo. Se debe tener en cuenta además que en todos los sistemas, incluso los más cerrados, establecen variaciones en la aplicación de soluciones según se trate de un obra de arte puro o de una obra informativa. Así, las disposiciones aplicables a *fair use* reconocen este aspecto en el artículo 107,2) que hace referencia a la *naturaleza de la obra protegida*. Por su parte la Asamblea plenaria del Tribunal Supremo de Francia el 30 de octubre de 1987, con gran audacia, admitió en el asunto *Microfor*, un derecho de cita muy amplio a propósito de la reproducción de artículos de periódico (obras informativas) en una base de datos canadiense.

Pero, aparte de estas consideraciones de orden crítico cabe preguntarse si los mencionados textos internacionales autorizan realmente este “eclipse total” del derecho de autor. En realidad, el principio establecido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contiene ciertos límites ya que en el artículo 10.2 se prevén ciertas reservas que precisan que *“el ejercicio de estas libertades” (las establecidas por el artículo 10.1) “que entrañan deberes y responsabilidades podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para (...) la protección de la reputación de los derechos ajenos (...).”*

¿Cómo habría que interpretar esta fórmula? Un elemento de respuesta figura en el artículo 1 del Primer protocolo adicional de la citada Convención en el que se precisa que *“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes y que nadie puede ser privado de su propiedad a no ser por causa de utilidad pública (...). Al parecer el término muy amplio (“propiedad”) de la disposición citada se aplica “a todo derecho privado que tenga un contenido patrimonial” (CEDH, 26 de junio de 1986, Vander Marle) y engloba los derechos de propiedad intelectual (véase a este respecto Caron, Ch.: La Convention européenne des droits de l’homme et la communication des œuvres au public: un ménage pour le droit d’auteur? Com. com. elec, núm 1, 9 ysgtes.).*

Conviene añadir que, dado que el derecho de autor ha sido elevado al rango de derechos humanos, se entendería mal que el derecho a la información –con la reserva indicada– pueda eclipsar al derecho de autor. En todo caso, el Tribunal de Casación de los Países Bajos parece haber rechazado lo anterior (17 de diciembre de 1993; Lucas, A.: *Droit d’auteur numérique*, Litec, 1998, §365).

Esta argumentación pierdeso cuando se trata de los derechos conexos para los cuales jamás se ha invocado el carácter de derechos humanos. Como se ha visto, es cierto que las excepciones a los derechos de autor y a los derechos conexos no deben divergir para no dificultar excesivamente la aplicación del sistema. Sin embargo, la regla se interpreta de la siguiente manera: los titulares de los derechos conexos deben aceptar las mismas excepciones que los titulares de los derechos de autor. Esto no significa que los titulares de los derechos conexos deban disfrutar de derechos que tengan los mismos límites que los del derecho de autor. Por consiguiente, en los casos en que los derechos de autor no existan (como en el caso de una obra que haya entrado en el dominio público o en un documento no protegido) y persista un derecho conexo (interpretación reciente de una obra de principios del siglo XIX, videograma...) ¿no sería necesario considerar que los derechos conexos deben eclipsarse ante

las necesidades de la información? Admitir esta solución conduciría a replantearse la cuestión del interés de un reconocimiento de los derechos conexos. En efecto, ¿de qué sirve consagrar el reconocimiento de los derechos conexos (que sólo tienen cincuenta años tanto que los derechos de autor tienen dos siglos) si se echa abajo de inmediato esta construcción elaborada pacientemente y meticulosamente? Esto equivale a plantearse nuevamente la cuestión de la legitimidad de los correctivos externos a los derechos de propiedad intelectual. Incluso si la justificación es muy diferente según los derechos de que se trate, es indispensable un mínimo de coherencia.

Por último, convendría interrogarse acerca de las consecuencias de esta excepción. Es cierto que estas restricciones a la propiedad intelectual benefician a fin de cuentas al público, pero en realidad los verdaderos beneficiarios son los intermediarios que reproducen y difunden las obras portadoras de conocimiento. Ahora bien, estas personas no son en ningún caso personas físicas para las cuales la información es un derecho humano, sino que se trata de personas que tienen como oficio el comercio de las obras y del cual obtienen ganancias importantes. Así, en la decisión y acitadad del Tribunal de Alta Instancia de París de 23 de febrero de 1999, el beneficio de esta nueva excepción se pedía para una cadena pública de televisión. ¿Se puede realmente invocar a este respecto al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? ¿Se puede realmente pensar en eliminar el derecho de autor en nombre de un alógeno inadmisible?

Es más, cabe preguntarse cómo reaccionaría la citada cadena de televisión si los telespectadores posteriormentereprodujeranyrepresentaransus programas con propósitos educativos sin solicitar su consentimiento. Cualquiera que sea su origen (interno o externo a la propiedad intelectual) una excepción debe ser coherente. Por simetría entre las distintas etapas de la utilización, el intermediario que invoca un pretendido derecho a la información para escapar a la propiedad intelectual y difundir gratuitamente obras o elementos protegidos, debería a su vez aceptar la mencionada excepción en el caso de sus propios programas en relación con los futuros utilizadores de los mismos. Aplicando el principio del “regador regado”, los explotadores se verían así privados del beneficio de recuperar sus inversiones.

En definitiva, parece peligroso admitir las duras consecuencias de este mecanismo corrector pues hay que tener presente que todos los derechos de propiedad literaria y artística se han construido sobre la base del abús que da de un equilibrio interno. No cabe duda de que la economía actual de dicha propiedad constituye una transacción que tiene por objeto asegurar un equilibrio entre tres objetivos sociales diferentes: una recompensa atribuida al autor; la protección de las inversiones realizadas, y la satisfacción de las necesidades de los usuarios.

Estas finalidades, que están implícitas en las legislaciones respectivas, se proclaman abiertamente en las declaraciones de intención que acompañan los textos nuevos. Así ocurre en el preámbulo del Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor del 20 de diciembre de 1996 en el que se enuncia “ *la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de autor y los intereses del público en general* ”. También se proclaman en los considerandos de las directivas comunitarias como ya ocurre con la citada propuesta de Directivas sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos conexos en la Sociedad de la Información (versión de 21 de mayo de 1999):

“2. Considerando que el Consejo Europeo en su reunión de Corfú el 24 y 25 de junio de 1994 hizo hincapié en la necesidad de crear un marco jurídico general y flexible en el nivel comunitario para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información en Europa; que,

para ello, es necesario, en particular, disponer de un mercado interior para los nuevos productos y servicios; que se han adoptado y, o se encuentran en vías de adopción, normas comunitarias importantes para el establecimiento de dicho marco regulatorio; que los derechos de autor y derechos afines desempeñan un papel importante en este contexto, al proteger y estimular el desarrollo y la comercialización de nuevos productos y servicios y la creación y explotación de su contenido creativo;

2bis. Considerando que la armonización propuesta contribuye a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y a barajar el respeto de los principios fundamentales del Derecho, en particular, al respeto de la propiedad –incluida la propiedad intelectual –, de la libertad de expresión y del interés general;

3. Considerando que la existencia de un marco jurídico armonizado en materia de derechos de autor y de derechos afines fomentará, mediante un mayor grado de certidumbre jurídica y respetando un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual, un aumento de la inversión en actividades de creación e innovación, incluida la infraestructura de red, lo que a su vez se traduce en el desarrollo de la industria europea y en el incremento de su competitividad tanto por lo que respecta al ámbito del suministro de contenido y de la tecnología de la información, como, más en general, a una ampliación de sectores de la industria y la cultura; que esta situación preservará el empleo e impulsará la creación de nuevos puestos de trabajo”.

Los iniciadores de estos textos se mostraron pues conscientes de los retos planteados y del equilibrio que convenía establecer. Esto no significa que sea necesario poner en un mismo plan todas las reivindicaciones. No hay que olvidar que se invocan justificadamente los “intereses” del público, el postulado de que se parte continúa siendo el de que los autores tienen derechos cuya importancia nadie puede poner en duda. La misma Constitución de los Estados Unidos, cuya preocupación proclamada es el interés general, utiliza el término “securing” (asegurar) y no la palabra “atribuir”, a propósito de la atribución de los derechos de propiedad intelectual. Esto significa que la existencia de los derechos de autor se impone de manera natural. A partir del momento en que se trata de obtener el equilibrio necesario entre las diferentes aspiraciones valiéndose de una construcción interna a las propiedades intelectuales, se crea el peligro de pensar que los correctivos exteriores pueden admitirse fácilmente. En los textos recientes figura claramente el “equilibrio de intereses”. Así, en las directivas comunitarias sobre ciertas “creaciones/instrumento” como los programas informáticos o las bases de datos no se duda en ir aún más lejos reconociendo expresamente más derechos al usuario legítimo. ¿Para qué ir todavía más lejos? Sería peligroso admitir un cambio insidioso que ha escapado al control de la lógica aplicada: un caso a tolerar algunos correctivos y otro de dejar que se imponga un nuevo paradigma.

Así pues, en esta tarea de encontrar un equilibrio conviene ser muy prudentes y tener en cuenta que el número (de defensores de las diversas posturas) no hace la fuerza. El autor está cada vez más frente a un público que es a la vez consumidor y usuario de bienes culturales y que percibe la obra como un producto cuando no como un instrumento. Esto desliza el mentón y es neutro y puede modificar la visión del juez, por ejemplo en los casos en que el público invoque el carácter “esencial” de la obra a fin de ser considerado egoísta el punto de vista de una sola persona y en soportar las pretensiones del creador. Tal deslizamiento se evidencia en la jurisprudencia comunitaria a partir del asunto Magill. Así, en el considerando núm. 131 de la decisión tomada el 12 de junio de 1997 por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, se establece que *la negación [de conceder una licencia] dirigida a los demandantes sólo puede depender de la prohibición contenida en el artículo 86, si dicha*

negación concierne a un producto o un servicio que se presenta como esencial para el ejercicio de la actividad de que se trate, en el sentido de que no existan ningún sustituto real o potencial bien un producto nuevo cuya aparición se vería obstaculizada, pese a una demanda potencial específica, constante y regular de parte de los consumidores. De este modo, el derecho de autor podría sacrificarse en aras del derecho de la competencia y de los intereses de los consumidores. Si se abriera esa vía, sería todavía necesario encontrar nuevas razones. Aunque a veces se cae en la exageración de afirmar el carácter “sagrado” de la obra o del derecho de autor, nadie ha podido todavía demostrar claramente que los fundamentos en que reposa el derecho de la competencia sean superiores a los fundamentos del derecho de autor. Si se comparan los valores ¿por qué se habría de sacrificar estos últimos?

Es cierto que el punto de equilibrio no es el mismo en todas las legislaciones y que sería difícil encontrar actualmente un centro de gravedad común a los diferentes sistemas y a que, si bien los elementos que se tienen en cuenta son generalmente los mismos en todos los Estados, el peso que se les atribuye no es idéntico en todas partes. Este equilibrio se ha buscado de manera diferente según la tradición histórica, sociológica y filosófica de cada país. Pero, el interés de una construcción nueva en el marco de la OMPI radica precisamente en el intento de encontrar soluciones comunes o, al menos, de disminuir las diferencias existentes.

Observaciones finales

La llegada de la actual sociedad de la información ha obligado a replantearse cuestiones fundamentales frente a la escuela sin embargo hay que procurar centrar bien el debate. Hablar de sociedad de la información no debe conducir a considerar las obras del espíritu humano como vulgares mercancías y el derecho de autor y los derechos conexos del futuro exclusivamente desde la óptica de los intereses de los consumidores. Los derechos de propiedad intelectual, desde siempre en todos los lugares, han realizado un equilibrio entre intereses opuestos: autores, auxiliares de la creación, inversores, divulgadores, público, enriquecimiento del patrimonio de la humanidad, y este equilibrio debe preservarse.

La informática y la mundialización de la utilización de las creaciones y elementos abarcados por los derechos conexos exigen sobre todo un esfuerzo de reflexión. El recurso informático exige prestar mayor atención a las pérdidas sufridas por los derechohabientes; la circulación de las obras por su parte requiere la búsqueda de soluciones más uniformes.

Estalabor de reflexión supone pues una mayor uniformidad de las soluciones aplicadas o previstas. Estanueva lectura de los derechos de autor sólo puede hacerse eliminando las falsas justificaciones de las excepciones admitidas y teniendo en cuenta que los fundamentos de orden social parecen mucho más pertinentes que los que se basan en supuestas razones de orden práctico. No cabe duda que a veces será necesario precisar mejor los límites de los derechos de que se trata.

Estatarea de esclarecimiento es doblemente necesaria: primero, porque aporta una mayor coherencia a la construcción futura y, seguidamente, porque ofrece unabases más sólida. La ley pedagógica y su discurso se dirige, como es bien sabido, a todos los usuarios de las obras pero también a los jueces. El riesgo de sobrepasar los derechos de autor y derechos conexos recurriendo a construcciones jurídicas externas a estas disciplinas (véase más arriba, segunda parte) es menor si los propios encargados de hacer aplicar los textos están convencidos de que la construcción jurídica que aplican es equilibrada y la solución que proponen (resultado del “equilibrio de intereses”) es pertinente.

Una formulación armoniosa de las excepciones admisibles debería reposar en todo en una base común en materia de derechos de autor y derechos conexos. Sin duda, las razones que justifican los primeros parecen a veces menos evidentes cuando se trata de los segundos. Pero, puesto que la diferencia no es absolutamente fundamental, en aras de una mayor simplicidad habría que alinear ambos derechos, favoreciéndose así la comprensión y por ende la eficacia de los derechos de propiedad intelectual. Una legislación complicada es rechazada por los usuarios y a veces esquivada por las personas que sin embargo comprenden sus fundamentos y desearían respetarla. Si resultan incomprensible la propiedad literaria y artística se percibe como una imposición y un freno a las actividades y a la difusión del saber.

En la medida de lo posible, las excepciones admitidas deberían ser comunes a las diferentes prerrogativas atribuidas a los diferentes titulares de los derechos. Primero, en aras de la mencionada simplicidad y coherencia; segundo, porque la moda del consumo electrónico de las obras conduce a la aplicación simultánea de estas prerrogativas. En efecto, es cada vez más difícil distinguir entre las prerrogativas aplicables en la consulta de una obra en las redes. ¿No sería acaso razonable poner ciertos límites a la aplicación de determinados derechos y de otra excepción en caso de que existan otras prerrogativas opuestas? Sin duda es imposible eliminar todas las diferencias, pero al menos sería deseable eliminar todo lo que no parezca indispensable y no multiplicar las diferencias adoptando legislaciones por categorías. Ciertas legislaciones modernas como la ley suiza de 9 de octubre de 1992, han empezado a aplicar este método (véase artículo 19.1 sobre el uso privado).

Dentro de este marco, la parte de las excepciones particulares sería entonces residual y sólo se referiría a los casos en los cuales es imposible proceder de otra manera. Dichos otros modos, deberían quedar excluidas las soluciones de comodidad y las legislaciones “espectáculo”.

En esta labor pedagógica y reguladora, la OMPI tiene por supuesto un papel muy importante que desempeñar. En lo que se refiere a la técnica legislativa, es determinante el método que se elija: sintético o un vía analítica. La elección de un sistema abierto (copiado del *fair use* estadounidense) sería lógicamente una solución que permitiría todas las posibilidades de adaptación en la práctica. Tal sistema parecería permitir la mayor flexibilidad en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses en presencia. Esto no quiere decir sin embargo que esta opción pueda aplicarse de todas partes, puesto que presupone un acervo teórico importante en materia de derechos de autor y derechos conexos así como el dominio de una técnica jurídica de aplicación extremadamente delicada. Además, cabría interrogarse sobre la realidad de la armonización perseguida.

¿Habría que contentarse con un sistema cerrado? Estar así de la opción de la Unión Europea por el momento parece razonable. Pero, lo que es verdadero para una comunidad de Estados a fines de su cultura, su historia y su economía; ¿lo será acaso para un mayor número de países con contradicciones diferentes y aspiraciones divergentes? ¿Será este sin embargo el sistema que se aplicará?

A este respecto es edificante la historia del Convenio de Berna. La imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre una base común ampliativa como resultado de la aparición de “casos especiales”. El propio Convenio constituye una transacción entre el sistema abierto y el sistema cerrado. Incluso si su formulación actual no adopta esta forma, este Convenio en una construcción en tres niveles: las excepciones necesarias; las excepciones admitidas (pero facultativas); y las excepciones indeterminadas pero posibles en la medida en que respeten la “prueba en tres etapas”.

eposa

Serías indudablemente preferible obrar con vistas a la ampliación de la primera de estas categorías. Algunas excepciones parecen imponerse en demasiadas dificultades (utilización de una obra para propósitos de seguridad pública o para facilitar el buen desarrollo de un procedimiento administrativo, parlamentario o judicial, por ejemplo; pero habría que ir más lejos). En todo caso puede considerarse muy positiva la limitación e incluso la eliminación de la tercera categoría, es decir, de las excepciones indeterminadas.

Esta observación parece ir en contra de la corriente puesto que se comprueba la generalización de la prueba en tres etapas. La extensión de esta medida a todas las prerrogativas y excepciones es algo positivo pero no constituye un avance. La extensión permitiría sin duda preservar los intereses de los derechohabientes y al mismo tiempo establecer un equilibrio entre las diferentes aspiraciones en presencia. Además, constituye una suerte de protección cuando el texto internacional remite a las legislaciones nacionales. En el fondo, esa extensión permite que opere una delegación –de un convenio a una ley nacional – del mismo modo que en los sistemas abiertos se produce una delegación del legislador al juez. Pero, no por ello se consigue la armonización.

Explorar la vía de la prueba en tres etapas sería indudablemente interesante, pero queda por dilucidar cómo y por qué hacerlo. A este respecto, resulta esclarecedor el ejemplo del artículo 10 del Tratado de la OMP sobre el derecho de autor cuyo texto titulado “*limitaciones y excepciones*” dispone lo siguiente:

1) “*Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*”

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

¿Cómo debe interpretarse este texto? El artículo permite indiscutiblemente en la creación de nuevas excepciones (casos especiales) siempre que cumplan las condiciones de la prueba, como lo demuestra el primer apartado de la Declaración Concertada en la que se dice:

“*Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno digital.*”

Pero, mientras que en el citado artículo 10.2 se extiende la generalización de la mencionada prueba y se parece obligar a una nueva lectura de las excepciones ya admitidas, aplicando las condiciones de la prueba en tres etapas, en el segundo apartado de la mencionada Declaración concertada se precisa: “*Queda también entendido que el artículo 10.2) ni reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.*” Es poco probable que el lector no especializado comprenda estas complicaciones. Por otra parte, sería necesario que las ambigüedades que

parecen subsistir en los Estados miembros un margen de interpretación que agravaría las diferencias ya existentes entre las distintas legislaciones.

Si la prueba a tres etapas llegara a ser la piedra angular de las excepciones a los derechos de autor y derechos conexos sería muy apropiado aclarar su sentido. En primer lugar, ¿cabría realmente distinguir tres etapas?

La primera consistiría en la existencia de “casos especiales” o “específicos” (que establece la Unión Europea), pero en verdad sería resolver la cuestión planteando otra. Si bien esta fórmula prohíbe las excepciones generalizadas, no conduce a excluir la excepción de la copia privada ni el caso del *fair use* (véanse las actas analíticas de la Comisión principal durante las negociaciones del Tratado de la OMPI) sin embargo muy amplios.

Las otras dos condiciones (“*que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”) se basan en un análisis de intereses más materiales: las excepciones admitidas no deben ofrecer a terceros modos de explotación que compitan con los del derecho habiente ni les causen un perjuicio desproporcionado. Esta condición se acerca por consiguiente a la cuarta condición del *fair use: efecto de esta utilización sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor*.

Pero ¿cuáles son las consecuencias de todo esto?

Se puede afirmar que para un legislador el análisis resume a la siguiente elección: o bien la excepción prevista será causa de un “perjuicio injustificado” para los intereses del derecho habiente, en cuyo caso es inadmisibles; o bien al perjuicio no existe y la excepción puede introducirse (libertad y gratuidad de la utilización de la obra o de elementos de la misma) en la medida en que sólo constituya en casos especiales y no vulnera la explotación normal de la obra. Pero ¿cómo estar seguro en el momento de adoptar el texto? La diferencia fundamental con el *fair use* es que en Estados Unidos el juez decide en perfecto conocimiento de causa mientras que la elección por el legislador constituye un salto en el vacío teniendo en cuenta la evolución de la tecnología y de los mercados.

Por otra parte ¿cómo integrar la existencia de la solución intermedia que representa la adopción de un derecho o de retribución? ¿Siguen habiendo perjuicio injustificado si la ley prevé una compensación equitativa? En el plano económico no, pero hay que tener presente que los derechos de autor y derechos conexos no están constituidos por un simple derecho a una retribución. La adopción de una excepción en el ejemplo arriba mencionado no tendría debidamente en cuenta una de las características de la propiedad literaria y artística, a saber, el carácter exclusivo del derecho reconocido.

Por último, aparte de estas consideraciones es necesario tener en cuenta un último elemento: el lugar que ocupan las consecuencias que se derivan de la introducción de determinados dispositivos tecnológicos. Los textos más recientes se han ocupado de esta cuestión y tanto los Tratados de la OMPI como la propuesta de Directiva comunitaria prevén la adopción de normas jurídicas destinadas a proteger los medios técnicos que tienen por objeto preservar la efectividad de los derechos de autor y de los derechos conexos.

Pero, suponiendo que se minimiza la construcción Derecho – Técnica – Derecho ¿qué consecuencias pueden sacarse? Las interferencias con los análisis precedentes resultan evidentes, al menos en lo que se refiere a la tercera condición de la prueba a tres etapas.

Además, cabe preguntarse si los referidos dispositivos notienen a sustituir un análisis jurídico por un poder de carácter técnico. ¿Es acaso admisible que, recurriendo a la tecnología, se prohíba a un usuario utilizar una obra cuyo libre acceso está autorizado por la ley? Se trata sin duda de uno de los puntos importantes de las futuras discusiones y la cuestión que se plantea aquí es si al conceder a la medida el efecto que ejerce a tales dispositivos tecnológicos en la mente de los interesados. Estos procedimientos, concebidos inicialmente como respuestas legítimas a los riesgos que crea el progreso tecnológico, no deberían convertirse en instrumentos que aseguren una protección adicional que el derecho de autor justificadamente rechazaría.

En efecto, ¿a este respecto o ¿qué puede observarse?

Que gracias a ciertos procedimientos defensivos, una obra puede estar muy protegida por que resulta inaccesible sin una clave o código. Ello que equivale a decir que podría crearse una reserva de hecho en casos en los que el Derecho que se utiliza no deseaba que actuara el monopolio de la autoría y concedía una excepción en beneficio de los usuarios. ¿Puede ello considerarse admisible? A priori cabe la duda. Si actúa así, el poseedor de la obra rompe en su provecho el equilibrio que el legislador ha deseado introducir al regular el monopolio. En tal caso, esta “reserva excesiva”, no regulada, puede suscitar reacciones extremadamente fuertes y legítimas y un discurso contrario al derecho exclusivo o bien un rechazo total de los derechos de autor y derechos conexos (¿reacción en el terreno de otras disciplinas jurídicas? ¿abuso de posición dominante?). Sería inadmisibles que “el dominio público” quedara determinado por los particulares y no por la ley. Por el momento estas preguntas son teóricas; en la práctica tal hipótesis tiene pocas probabilidades de convertirse en realidad. Según algunos, es incluso totalmente improbable puesto que supone que la obra sólo se encuentra en forma digital o analógica y su acceso protegido, y que las protecciones tecnológicas han actuado haciendo fracasar todos los procedimientos de elusión (de aquí el interés de mantenerse al día en lo que respecta a la evolución tecnológica y jurídica en este terreno). La cuestión se plantea aquí quizás dentro de veinte años; no antes, pero en tanto está claro que los derechos habientes pueden empeñarse en utilizar dispositivos tecnológicos que impidan el acceso a la obra protegida. En cambio, éstos no pueden prevalerse de la existencia de estos dispositivos para tratar de prohibir el acceso a la obra por la vía de copias del libre acceso que están en circulación. Aquí radica toda la diferencia que hay entre una situación de hecho y un monopolio de Derecho.

Pero, aunque las llamadas “reservas excesivas” de carácter tecnológico son por el momento sólo una amenaza lejana, este análisis conduce a plantearse la cuestión de determinar si las excepciones a los derechos constituyen una tolerancia, una restricción obligatoria o un derecho para el usuario. A este respecto, es de señalar que la experiencia belga cuando debió transponer la normativa nacional a la Directiva relativa a la base de datos. El profesor Strowel opinó a este respecto (Journal des Tribunaux, 1999, pp. 297-304, núm. 24) que: *la adopción de la ley del 31 de agosto de 1998 ha ofrecido la ocasión de interrogarse sobre la condición jurídica de las excepciones ya consagradas por la ley sobre el derecho de autor. El nuevo artículo 23 bis LDA, que establece que las excepciones que figuran en los artículos 21, 22, 22 bis (nuevo) y 23, párrafos 1 y 3 son imperativas, tendrá repercusiones prácticas considerables en los casos en que los derechos habientes muestran la tendencia a apartarse de las excepciones legales por la vía contractual. La consagración del carácter imperativo de las excepciones por el legislador belga puede sorprender cuando se observa que en el mismo momento el legislador comunitario propone un sistema de excepciones facultativas.*

Como es sabido, en ciertos casos se ha afirmado que la copia constituía un derecho y no una facultad. Así ocurre con los programas informáticos a propósito de la copia de salvaguardia (artículo 5.2 de la Directiva del 14 de mayo de 1991). Pero en ese caso tal solución se justificaba por el hecho de que se estaba en presencia de una “creación/instrumento” y que, por ello, era necesario garantizar ciertos derechos a los usuarios legítimos. Este derecho tenía un ámbito bien delimitado: sólo autorizaba la copia privada en una única reproducción con un objetivo preciso, la seguridad. Además, en el presente texto ya nos hemos interrogado acerca de la posibilidad de que se infringiera indirectamente dicho derecho recurriendo a dispositivos tecnológicos que impiden el acceso a la obra entregando otro ejemplar al usuario.

Del presente estudio se deduce claramente que la cuestión de las excepciones a los derechos de autor y derechos conexos es aún más amplia que la cuestión de las fronteras externas e internas de estos derechos y que sólo puede ser estudiada a la luz de numerosos parámetros.

[Fin del documento]