

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

SCCR/9/7

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 5 de abril de 2003

S

COMITÉ PERMANENTE DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Novena sesión

Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003

ESTUDIO SOBRE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES RELATIVAS AL DERECHO
DE AUTOR Y A LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL

*preparado por el Sr. Sam Ricketson
Catedrático de Derecho de la Universidad
de Melbourne y abogado, Victoria (Australia)*

ÍNDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN – ALCANCE DEL ESTUDIO.....	2
LA FUNCIÓN DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES	3
OBSERVACIONES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL TRATADO	4
LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DEL CONVENIO DE BERNA	10
a) Limitaciones a la protección	10
b) Excepciones a la protección	12
c) Licencias obligatorias permitidas en virtud del Convenio de Berna.....	30
d) Excepciones implícitas en virtud del Convenio	35
e) Otras limitaciones a los derechos de autor impuestas en aras del interés público	42
LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN DE ROMA....	46
a) Excepciones expresas: Artículo 15.1	46
b) Limitaciones que figuran en las legislaciones nacionales: <i>Artículo 15.2</i>	48
LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC.....	48
a) El Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna	48
b) El Acuerdo sobre los ADPIC y la Convención de Roma.....	59
LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DEL WCT	60
LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DEL WPPT.....	69
ADOPCIÓN DE LA PRUEBA DEL CRITERIO TRIPLE COMO DISPOSICIÓN “HORIZONTAL” QUE SE APLICA GENERALMENTE A LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES.....	71
TIPO DE LIMITACIONES Y EXCEPCIONES PERMITIDAS POR LA PRUEBA DEL CRITERIO TRIPLE.....	72
a) Disposición relativa al uso leal en el marco del Artículo 107 de la Ley de derecho de autor de los EE.UU. de 1976.....	73
b) Lista exhaustiva: Artículo 5 de la Directiva de la Comunidad Europea	75
c) Otro enfoque – La legislación de Australia.....	79
LICENCIAS OBLIGATORIAS	79

APLICACIÓN DE LA PRUEBA DEL CRITERIO TRIPLE A DETERMINADAS ESFERAS DE INTERÉS	80
a) Copia privada	80
b) Interés público	81
c) Bibliotecas y archivos	82
d) Educación	82
e) Asistencia a personas con deficiencias visuales o auditivas	83
f) Reportajes informativos	84
g) Comentarios críticos y análisis.....	84
h) Usos en el entorno digital.....	85
i) Copia temporal	86
j) Transmisión por caudales en tiempo real por Internet	86
k) Redes de intercambio entre usuarios por Internet	87
MEDIDAS TECNOLÓGICAS	87

INTRODUCCIÓN – ALCANCE DEL ESTUDIO

El presente Estudio tiene por objeto esbozar las principales limitaciones y excepciones a la protección del derecho de autor y a los derechos conexos contenidos en los siguientes convenios internacionales:

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886 (revisado por última vez en París en 1971 – “El Acta de París del Convenio de Berna”)

- *La Convención internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 1961* (“la Convención de Roma”).

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“el Acuerdo sobre los ADPIC”)

- *El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996* (el “WCT”)

- *El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996* (el “WPPT”)

Aunque este estudio se centra principalmente en las limitaciones y excepciones que imponen estas disposiciones en el marco del derecho internacional¹, también se prestará atención, aunque más brevemente, a la aplicación de las distintas legislaciones nacionales, en especial en el entorno digital.

¹ A este respecto, el autor ha basado sus estudios realizados anteriormente en este ámbito en particular en: S. Ricketson, *el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas: 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Londres, 1987, capítulo 9 (“Ricketson I”); S Ricketson, “The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions–International Conventions and Treaties, *Intellectual Property Quarterly* (UK), Issue 1, 56-94, (1999) (“Ricketson II”); S Ricketson, “The Three-step Test, Deemed Quantities, libraries and Closed Exceptions,” Asesoramiento preparado para el Centre of Copyright Studies Ltd.,” Centre for Copyright Studies, Sydney 2003 (“Ricketson III”).

LA FUNCIÓN DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

Durante mucho tiempo se ha reconocido que, en determinadas circunstancias, las excepciones o limitaciones al derecho de autor y a los derechos conexos pueden estar justificadas. Así, al inicio las negociaciones que dieron lugar al Convenio de Berna en 1884, el distinguido delegado suizo, el Sr. Numa Droz, afirmó que “los límites a la protección absoluta son debidamente establecidos por el interés público”². En consecuencia, el Convenio de Berna contiene disposiciones de la primera Acta de Berna de 1886³, que otorga libertad a los Estados miembros para establecer limitaciones a los derechos de los autores en determinadas circunstancias. De acuerdo con este planteamiento, los convenios internacionales sobre el derecho de autor y los derechos conexos, citados anteriormente, contienen una variedad de limitaciones y excepciones a la protección que puede otorgarse con arreglo a las legislaciones nacionales. Estas limitaciones y excepciones pueden clasificarse, de manera muy general, en los siguientes grupos:

1. Disposiciones que excluyen, o permiten excluir, de la protección a determinadas categorías de obras o materiales. En el Acta de París del Convenio de Berna se ofrecen varios ejemplos destacados de estas disposiciones como, por ejemplo, los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial (Artículo 2.4)), las noticias del día (Artículo 2.8)) y los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales (Artículo 2*bis*.1)). A efectos del análisis, estas disposiciones podrían denominarse “limitaciones” a la protección, en cuanto no se requiere protección para la naturaleza específica del objeto en cuestión.
2. Disposiciones que conceden inmunidad (normalmente de carácter facultativa más que preceptiva) en los procedimientos de infracción respecto de determinadas modalidades de

² Véanse las *Actas de la Conferencia Internacional sobre la Protección de los Derechos de Autor, reunida en Berna del 8 al 19 de septiembre de 1884*, p. 67 (discurso de clausura de la Conferencia de 1884).

³ A título de referencia, las versiones anteriores del Convenio de Berna se denominan “Actas” y llevan el nombre del lugar en que fueron adoptadas por una conferencia de revisión. De esta forma: el Acta de Berna de 1886, que es el texto original adoptado en Berna en 1886 y del que existen dos borradores anteriores que fueron sometidos a revisión en las conferencias de 1884 y 1885 respectivamente. El *Acta adicional de París* de 1896 (Acta adicional del Convenio elaborado en París en 1896). El *Acta de Berlín* de 1908 (revisión elaborada en Berlín en 1908). El *Acta de Roma* de 1928 (revisión elaborada en Roma en 1928). El *Acta de Bruselas* de 1948 (revisión elaborada en Bruselas en 1948). El *Acta de Estocolmo* de 1967 (revisión elaborada en Estocolmo en 1967). El *Acta de París* de 1971 (revisión elaborada en París en 1971), concretamente los Artículos 1 a 21, como ocurrió también con el Acta de Estocolmo. A título de referencia, se utilizan las siguientes abreviaturas en referencia a las actas de las conferencias citadas *infra*: *Actas* de 1884: *Actas de la conferencia internacional para la protección del derecho de autor, reunida en Berna del 8 al 19 de septiembre de 1884*; *Actas* de 1885: *Actas de la 2ª conferencia internacional para la protección de las obras literarias y artísticas, reunida en Berna del 7 al 18 septiembre de 1885*; *Actas* de 1886: *Actas de la 3ª conferencia internacional sobre la protección de las obras literarias y artísticas, reunida en Berna del 6 al 9 de septiembre de 1886*. *Actas* de 1896: *Actas de la Conferencia de París de 1896*; *Actas* de 1908: *Actas de la Conferencia de Berlín de 1908*; *Actas* de 1928: *Actas de la Conferencia reunida en Roma del 7 de mayo al 2 de junio de 1928*; *Documentos* de 1948: *Documentos de la Conferencia reunida en Bruselas del 5 al 26 de junio de 1948*. *Actas* de 1967: *Actas de la conferencia de Estocolmo sobre propiedad intelectual, celebrada del 11 de junio al 14 de junio de 1967*; *Actas* de 1971: *Actas de la conferencia de París de 1971 (París, del 5 al 24 de julio de 1971)*.

utilización, como la que tiene por finalidad las informaciones de prensa, la enseñanza o cuando se cumplen determinadas condiciones. Estas disposiciones, pueden denominarse “utilizaciones permitidas” o excepciones a la protección, ya que hacen posible la aplicación de una eximente en los casos en los que pudiera derivarse responsabilidad jurídica. El Acta de París del Convenio de Berna contiene algunas de estas disposiciones como, por ejemplo, el Artículo 2*bis*2) (reproducción y comunicación por la prensa de conferencias, alocuciones, etc.), el Artículo 9.2) (algunas excepciones al derecho de reproducción, sujeto a condiciones específicas), el Artículo 10 (citas y utilización para fines de enseñanza) y el Artículo 10*bis* (algunas utilizaciones relativas a acontecimientos de actualidad y a otros similares). El Artículo 15 de la Convención de Roma contiene excepciones análogas y el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Artículo 10 del WCT y el Artículo 16 del WPPT adoptan y amplían el modelo de las tres condiciones del Artículo 9.2) del Convenio de Berna como base de las excepciones que se aplicarán en el marco de dicho acuerdo (conocido como la prueba del criterio triple, a la que se hace referencia nuevamente más adelante).

3. Disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el derecho de autor, previo pago al titular de dicho derecho. Estas disposiciones, que suelen denominarse “licencias obligatorias”, así como las normas que permiten su aplicación, aparecen recogidas en los Artículos 11*bis*2) y 13 del Convenio de Berna y en el Anexo del Acta de París del Convenio de Berna. Estas licencias también están permitidas por otras disposiciones de éste y otros de los convenios citados anteriormente, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

El fundamento político y jurídico de cada categoría de disposiciones es diferente. En la primera categoría se parte de la base de que existen sólidos motivos de política pública según los cuales la protección del derecho de autor no debería abarcar a determinadas obras debido, por ejemplo, a la necesidad de facilitar al público en general el acceso a dichas obras. La segunda categoría de disposiciones constituye una concesión más limitada que autoriza determinadas utilizaciones de obras que, normalmente, estarían protegidas. En este caso, el interés público justifica la anulación de los derechos privados que tienen los autores sobre sus obras en estas circunstancias particulares. En la tercera categoría los derechos de autor siguen protegidos aunque de una manera mucho más restringida ya que, aunque el interés público siga justificado la utilización, independientemente del consentimiento del autor, dicha utilización está sujeta al pago de una adecuada remuneración. Si bien en cada uno de los convenios que son objeto del presente Estudio se pueden encontrar ejemplos de estas tres categorías de disposiciones, es en el Acta de París del Convenio de Berna donde están más desarrolladas. En la mayoría de los casos no se trata de disposiciones preceptivas sino cuestiones que han de ser definidas por la legislación de los Estados Miembros, respetando los límites estrictos de las propias disposiciones.

OBSERVACIONES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL TRATADO

Cada una de las limitaciones y excepciones que se examinan en el presente Estudio forman parte de un tratado o acuerdo internacional multilateral.

Por su naturaleza, las disposiciones del tratado suelen redactarse en un lenguaje más general y flexible que, por ejemplo, las disposiciones del derecho interno o las condiciones de un contrato celebrado entre dos partes. Sin embargo, al elaborar un tratado deben aplicarse

ciertas normas y requisitos generalmente aceptados. En el caso de tres de los tratados que nos ocupa, el Convenio de Berna y la Convención de Roma⁴ y el Acuerdo sobre los ADPIC⁵, dichas reglas de interpretación pertenecen al derecho internacional público consuetudinario. Los dos últimos tratados se rigen por las normas contenidas en la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, en particular por los Artículos 31 y 32. Sin embargo, a efectos prácticos, se acepta que los artículos 31 y 32 codifican las normas consuetudinarias del derecho internacional público respecto de las materias contenidas en los citados artículos. Por razones de conveniencia, en el siguiente análisis sólo se hará referencia a los artículos 31 y 32, aún en el caso de los tratados como el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC, que no se rigen por la *Convención de Viena* en sentido estricto.

Antes de pasar al análisis de algunas disposiciones del Tratado, se ha considerado oportuno reproducir a continuación los Artículos 31 y 32 íntegramente.

“31.1) Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2) Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3) Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4) Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

⁴ Estos dos tratados se elaboraron con anterioridad a la entrada en vigor de la *Convención de Viena*.

⁵ Aunque se trata de un acuerdo posterior, existe una disposición en el Artículo 3.2 del *Entendimiento Relativo a la Solución de Diferencias* relativa a los ADPIC según la cual el grupo especial interpretará el Acuerdo sobre los ADPIC “de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público”. Al parecer es ésta la razón por la que EE.UU., un miembro importante del Acuerdo sobre los ADPIC, no es parte de la *Convención de Viena*. Véase además N.W. Netanel, “El Programa Digital de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: Comentario: La próxima Ronda: El impacto del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor en la solución de diferencias sobre los ADPIC.” (1997) 37 *Virginia Journal of International Law* 441, 449. Además, al parecer Estados Unidos considera que las disposiciones de la *Convención de Viena* son un reflejo de la costumbre: Véase también 1 *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* 145 (1986).

“32 Se considerará como tarea esencial de interpretación determinar el “sentido corriente” de los términos del tratado en su “contexto” y teniendo en cuenta “su objeto y fin” (Artículo 31.1)). Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del Artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el Artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

Se considerará que la tarea fundamental de interpretación es determinar el “sentido corriente” que ha de atribuirse a los términos del tratado en su “contexto” y teniendo en cuenta “su objeto y fin” (Artículo 31.1)). Por lo que se refiere al “contexto”, las cuestiones que figuran en el Artículo 31.2) y 3) tienen una naturaleza estrictamente objetiva: el texto mismo, el preámbulo y los anexos, cualquier acuerdo ulterior y secundario concertados entre las partes, su práctica ulterior relacionada con las obligaciones del tratado y las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables a su interpretación. De especial relevancia para las disposiciones que examinaremos en este Estudio es la referencia del Artículo 31.2)a) a “todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado”. Estos acuerdos incluirían cualquier declaración concertada relativa a la interpretación de una determinada disposición convenida por las partes en el momento de adoptar formalmente el texto del tratado. Estas “declaraciones concertadas” pueden estar claramente identificadas como tales (como en el WCT y en el WPPT, que se hace referencia a ellas en las notas a pie de página), y también pueden figurar en determinadas partes de los informes oficiales de las conferencias (como es el caso de las Conferencias de Revisión de Estocolmo y de Bruselas). Igualmente, dichos acuerdos pueden incluir “interpretaciones no debatidas” efectuadas en una conferencia diplomática, por ejemplo, las realizadas por el Presidente de un comité de redacción o de una sesión plenaria⁶. Por tanto, este tipo de acuerdos no son simplemente parte de los “trabajos preparatorios” del tratado, que sólo pueden utilizarse como medios de interpretación complementarios de conformidad con el Artículo 32, sino que formarán parte del contexto del tratado a efectos de llevar a cabo la tarea fundamental de interpretación prevista en el Artículo 31.1)⁷.

El “objeto y fin” son también aspectos importantes de la interpretación de las disposiciones del tratado (véase el Artículo 31.1)), aunque parece ser que se trata de un proceso subsidiario o secundario. La tarea fundamental consistiría en analizar el “sentido corriente” de los términos del tratado en su “contexto” (véase el párrafo anterior) y la

⁶ Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités,” 151 *Recueil des Cours* (1976–III), párr. 20, p. 39, citado con la autorización del Grupo Especial de la OMC encargado de examinar el asunto *Estados Unidos–Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, 15 de junio de 2000, p. 27, nota 56. No obstante, se ha de reseñar que Sinclair, *op cit* señala que esta cuestión es “discutible” ya que podría considerarse que dicha interpretación forma parte de los trabajos preparatorios y, por tanto, sólo sería pertinente en el marco del Artículo 32.

⁷ Dichos acuerdos tienen una especial importancia en el marco del Artículo 9.2) del Convenio de Berna si se tiene en cuenta que el Presidente de la Comisión Principal I de la Conferencia de Estocolmo (el distinguido académico alemán Prof. Eugen Ulmer) realizó varias declaraciones no debatidas. Por supuesto, estas declaraciones deben distinguirse de las declaraciones explicativas o interpretativas que realizan los miembros de estos comités durante las deliberaciones. En el mejor de los casos, estas declaraciones se considerarían parte de los trabajos preparatorios del tratado en el marco del Artículo 32.

conclusión preliminar e inicial quedará confirmada o rechazada “teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado”⁸. La forma más obvia de realizarlo es examinar el texto del tratado, incluido su preámbulo: como señala Sinclair, el destacado comentarista británico, se trata, en definitiva, de la expresión de las intenciones de las partes y “es esa expresión de intenciones la que primero hay que examinar”⁹. Por ejemplo, en el caso del Convenio de Berna la declaración pertinente sobre el “objeto y fin” figura en el preámbulo en el cual, de la manera más concisa posible, se establece que:

“los países de la Unión, animados por el mutuo deseo de proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas...”

La protección de los derechos de autor figura también al comienzo del Artículo 1, que reza como sigue:

“Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”.

Esta declaración inequívoca sobre el objeto y fin puede facilitar relativamente la interpretación de los tratados. Si el proceso esencial de determinar el sentido corriente de un término concreto del tratado se traduce en un resultado que favorece al autor, el preámbulo confirmaría claramente el acierto de esta interpretación. Por el contrario, si el proceso esencial arroja dos posibles sentidos, uno que favorece al autor y otro no tan favorable, entonces la referencia al preámbulo confirmará claramente el acierto del primero y negaría el segundo.

La situación podría no ser la misma en el caso de tratados posteriores, como el Acuerdo sobre los ADPIC y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), cuyos preámbulos contienen una lista de objetivos, algunos de ellos complementarios y otros antagónicos. En estos casos, será necesario recurrir a algunos procedimientos de equidad, lo que hace que la referencia al “objeto y fin” sea una referencia más oscura que busca adecuar esos objetivos divergentes. Tomando de nuevo el caso de los dos posibles sentidos de la primera fase de interpretación, puede ocurrir que se prefiera la segunda interpretación, la menos favorable al autor, y que la primera, favorable al autor, sea rechazada. Aun en el caso del Convenio de Berna, es posible que algunos aspectos del planteamiento más favorable al autor, citado anteriormente, se deba modificar cuando se analiza el texto de ese tratado en su conjunto. Ello se debe a que en el texto siempre han existido disposiciones sobre limitaciones y excepciones que establecen explícitamente que la protección incondicional de los derechos de autor será objeto de algunas restricciones (véase más adelante).

Asimismo, en esta fase del análisis es oportuno referirse al Artículo 32, que trata de los medios de interpretación complementarios. Estos medios sólo pueden utilizarse en circunstancias bastante restringidas: a) cuando la interpretación que resulte de la aplicación del Artículo 31 (tanto en la primera como en la segunda fase) deje ambiguo u oscuro el sentido de un término del tratado o b) cuando conduzca a un resultado *manifiestamente*

⁸ I. Sinclair, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester University Press, 2ª ed. 1984, p. 130.

⁹ Sinclair, *op cit.*

absurdo o irrazonable. Por tanto, los medios complementarios que pueden utilizarse no están definidos de manera exhaustiva, si bien en el Artículo 32 se hace referencia a dos medios específicos: “los trabajos preparatorios del tratado” y “las circunstancias de celebración”. Ninguna de estas frases figura en la *Convención de Viena*, si bien en relación con los “trabajos preparatorios” se establece que:

“...abarcan la documentación normalmente publicada como *actas, documentos* o actas de las conferencias diplomáticas que dieron lugar a la celebración de la Convención. También se incluirían los programas de la conferencia y los trabajos de cualquier comité de expertos o consultivo que contribuyan a su preparación, las propuestas y las contrapropuestas de las diferentes delegaciones, las actas de las reuniones, los informes de los comités, las resoluciones y los votos. Además, aunque en sentido estricto pudiera considerarse que los términos “trabajos preparatorios” se refieren únicamente a los “trabajos preparatorios” del texto final que vincula a las partes, parece razonable interpretar estos términos de manera extensiva, es decir, todos los trabajos preparatorios de la Convención llevados a cabo en cada una de sus sucesivas conferencias”¹⁰.

Como se ha señalado anteriormente, a veces es posible que las declaraciones efectuadas durante estos trabajos preparatorios formen parte del “contexto” del tratado a efectos de la determinación del sentido corriente del texto a que se refiere el Artículo 31.2)a). El ejemplo anterior era una “declaración no debatida” realizada por el presidente de una comisión de la Conferencia.

La expresión “circunstancias de la celebración del Tratado” permite examinar cuestiones como los antecedentes históricos en los que se negoció el Tratado y las características individuales y actitudes de las Partes Contratantes¹¹. En cualquier caso, estas cuestiones pueden deducirse de los trabajos preparatorios del Tratado, aunque también pueden surgir del examen de otros medios de interpretación complementarios a los que no hace referencia expresa el Artículo 32. Sin ser exhaustivos¹², algunos de estos medios serían los siguientes: la sentencia de cualquier tribunal internacional pertinente¹³; las declaraciones u opiniones de cualquier órgano administrativo pertinente del tratado de que se trate, como la Asamblea o el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna¹⁴; las declaraciones u opiniones de cualquier reunión oficial o semioficial de los miembros del Tratado; los debates de cualquier

¹⁰ Ricketson, p. 136.

¹¹ Sinclair, *op cit*, p. 141.

¹² Para un debate más detallado, véase Ricketson, pp. 136-137

¹³ En virtud del Artículo 30 del Convenio de Berna, se incluiría al Tribunal Internacional de Justicia; sin embargo, en realidad este tribunal nunca se ha pronunciado en el ámbito de este Convenio y, además, un gran número de países miembros del Convenio de Berna han expresado reservas en cuanto a su jurisdicción.

¹⁴ No parece que esto haya ocurrido desde la creación de la Unión de Berna, aunque sí hay precedentes en la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Otra posible opinión especializada es la de la Oficina Internacional (OMPI); este destacado antecedente surgió tras la adhesión de EE.UU. al Convenio de Berna en 1989, y se refería a la correcta aplicación de los requisitos de retroactividad del Artículo 18 del Convenio. En varias ocasiones, la OMPI proporcionó asesoramiento en cuanto a la interpretación y alcance de esas disposiciones, que se hicieron públicas para todos los miembros del Convenio de Berna.

organización internacional no gubernamental pertinente u órgano académico o profesional¹⁵; y los escritos de doctos comentaristas¹⁶. La pertinencia que se atribuirá a estos medios varía en gran medida, si bien cada uno de ellos puede servir para explicar la forma en que las partes han abordado la celebración del tratado en cuestión. En el contexto actual, los medios de interpretación complementarios más significativos son las decisiones de los Grupos Especiales designados en el marco de los procedimientos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Las decisiones de estos grupos especiales son vinculantes para los miembros de la OMC en el ámbito del Acuerdo sobre los ADPIC, aunque también deben tenerse en cuenta en relación con la interpretación de las disposiciones de los convenios sobre propiedad intelectual que están incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular, el Convenio de Berna. La cuestión que más interés despierta a efectos del presente Estudio es la decisión del Grupo Especial de la OMC sobre la disposición relativa a la exención empresarial y a la exención de uso hogareño, pronunciada a raíz de una reclamación presentada por las Comunidades Europeas contra los Estados Unidos de América¹⁷. En particular, la decisión del Grupo Especial se refiere a la interpretación del Artículo 9.2) del Convenio de Berna (la prueba del criterio triple) que está incorporada en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del Artículo 9.1) de dicho instrumento. Por tanto, será pertinente para el presente Estudio referirse a esta cuestión del Grupo Especial aunque la decisión se refiera estrictamente a la aplicación de la prueba del criterio triple respecto del Acuerdo sobre los ADPIC y no del Convenio de Berna.

Existe también otras modalidades por las que los elementos descritos en el párrafo anterior pueden tener importancia en el proceso de interpretación de los Artículos 31 y 32. En el caso del Artículo 31, estos elementos pueden ser ejemplo de una práctica estatal sobre la manera en que algunos términos de un tratado se han interpretado y aplicado. De esta manera, es posible que el sentido ordinario de la disposición de un tratado, que habría sido

¹⁵ En este sentido, la organización internacional no gubernamental con mayor relación con el Convenio de Berna es la *Internationale Littéraire and Artistique Association* (Asociación literaria y artística internacional), y se puede afirmar con objetividad que fue el órgano que inició las conferencias diplomáticas que llevaron a la adopción del Convenio en 1886: véase además Ricketson, capítulo 2.

¹⁶ Se han efectuado numerosos comentarios sobre todos los textos del Convenio de Berna, en español, inglés, francés, alemán e italiano, por mencionar algunos de los principales idiomas a los que se ha traducido el Convenio hasta la fecha. A su vez, la OMC y el Acuerdo sobre los ADPIC comenzaron a producir sus propios comentarios especializados en diferentes idiomas. A los efectos del presente Estudio, se hace referencia en particular a los siguientes: Desbois, H. Françon, A. and Kerever A., *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, Paris (1976) (“Desbois et al.”); Nordemann W., Vinck K, and Hertin P.W., *Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar*, Werner, Düsseldorf (1977), publicado también en francés con el título *Droit d'auteur international et droits voisins. Commentaire* (trans by J Tournier), Bruylant, Brussels (1983) y en inglés con el título *International Copyright and Neighbouring Rights Law*, versión en inglés de G Meyer, VCH, Weinheim, 1990 (“Nordemann et al.”); Masouyé C. (trans W. Wallace), *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO, Geneva (1981) (“Masouyé”); Ladas, S P, *The International Protection of Literary and Artistic Property* (2 Vol.), Harvard Studies in International Law, Macmillan, New York (1938); Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford, 2002 (“Ficsor”); Reinbothe J., y von Lewinski S., *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths LexisNexis, UK, 2002 (“Reinbothe y von Lewinski”).

¹⁷ Grupo Especial de la OMC encargado de examinar el asunto “Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos”, 15 de junio de 2000.

interpretado con una simple lectura directa del texto, podría haberse alterado si le demuestra una práctica estatal ulterior. Cabría afirmar que dicha práctica tendría que ser unánime o, al menos, no ser puesta en tela de juicio por otros Estados miembros. En el caso del Artículo 32, es evidente también que dichos elementos podrían desempeñar una función similar en el proceso para determinar cuáles son las circunstancias de la elaboración de la disposición que no están claras. Un sencillo ejemplo de ello sería que el resultado de la interpretación de una disposición fuese ambiguo, oscuro o absurdo pero que las actas y resoluciones de las organizaciones no gubernamentales pertinentes aclararan cuál era el problema concreto que la disposición pretendía solucionar.

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DEL CONVENIO DE BERNA

Como ya se ha indicado, el Convenio de Berna incluye, desde su creación, disposiciones relativas a las limitaciones y excepciones. De todas estas disposiciones, la que hoy día ha adquirido vida propia, sobre todo como modelo para las excepciones de convenios posteriores, es la prueba del criterio triple prevista en el Artículo 9.2), a pesar de ser el último artículo incorporado al Convenio (en la revisión de París de 1971). En la siguiente reseña se examinan las principales disposiciones del Acta de París del Convenio de Berna que guardan relación con las limitaciones y excepciones.

a) Limitaciones a la protección

Textos oficiales

A este respecto, el Artículo 2.4) dispone lo siguiente:

“4) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de origen legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos.”

1. Por tanto, queda al arbitrio de la legislación nacional determinar a) si concede protección a tales textos, y b) de ser el caso, en qué medida. Esta disposición otorga un alto grado de flexibilidad, ya que permite a los países miembros llevar a efecto sus distintos puntos de vista sobre el interés público: por un lado, pueden decidir que estos textos pertenezcan totalmente al dominio público y, por otro, pueden concederles plena protección como obras literarias y artísticas. Una posibilidad intermedia sería conceder una protección cualificada, sujeta a una utilización generosa de los derechos por parte del público. En realidad, puede que esta tercera posibilidad sea la más prudente, teniendo en cuenta que los gobiernos quizás prefieran mantener el control sobre la reproducción de sus textos oficiales (a fin de garantizar así su exactitud y autenticidad) y satisfacer al mismo tiempo el interés público de un rápido e inmediato acceso a los documentos mediante la concesión de una licencia general para que se realicen copias privadas.

Noticias del día e informaciones de prensa

El Artículo 2.8) establece lo siguiente:

“La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.”

La redacción de este Artículo no facilita una clara determinación sobre su finalidad. ¿Es una excepción de política pública al Convenio, en el sentido de que, en aras de la libertad de información, excluye nuevos sucesos e informaciones que, por lo general, pertenecen al ámbito de aplicación del Convenio? ¿o, por el contrario, consagra un concepto jurídico sobre la naturaleza de los derechos de autor que excluye de la protección a dichos conceptos sobre la base de que no pueden constituir obras literarias y artísticas porque se trata de sucesos e informaciones que no pueden ser objeto de protección? En el caso de que sea esta última interpretación la correcta, dicha exclusión sería innecesaria en sentido estricto ya que dichas cuestiones no deberían, en ningún caso, incluirse en el ámbito de aplicación del Convenio; aspecto este que ahora está expresamente reconocido en el Artículo 2.2) del WCT y en el Artículo 9.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Aunque las palabras “noticias del día” y “sucesos...” no permiten determinar cuál es la visión correcta, sí es posible encontrar apoyos para la segunda visión en las sucesivas conferencias de revisión que han examinado esta cuestión. En este caso, la declaración contenida en el Informe de la Comisión Principal I de la Conferencia de Estocolmo de 1967 resulta más ilustrativa:

“... el Convenio no concede protección a las meras informaciones sobre las noticias del día ni de los sucesos dado que dicho material no cuenta con las características necesarias para ser definido como obra. Esta circunstancia implica *a fortiori* que las noticias y los sucesos, como tales, no están protegidos. Por otra parte, los artículos de los periodistas u otras obras “periodísticas” relativas a noticias están protegidos en la medida en que son obras literarias o artísticas. Por esta razón, no se consideró necesario aclarar el texto del Convenio en este punto.^{18,}”

Como parte de los *trabajos preparatorios* de la Conferencia de Estocolmo, el párrafo que antecede incluye una interpretación auténtica del Artículo 2.8) que puede ser adoptada por las legislaciones nacionales.

Los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales

El Artículo 2bis.1) establece lo siguiente:

“1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales.”

El interés público es un argumento para permitir la exclusión parcial o total de la protección para las obras que no hayan sido objeto de controversia desde que se introdujo esta disposición en Roma en 1928, aunque cabría señalar que la disposición tiene una naturaleza totalmente permisiva. Asimismo, no establece ninguna restricción en cuanto al grado de

¹⁸ *Ibíd.*, Vol. II, 1155.

protección que puede negarse a estas obras, dado que podría aplicarse a todas las formas posibles de explotación comprendidas en el marco de los derechos de autor que contempla el Convenio, por ejemplo, la radiodifusión, la ejecución pública, la recitación y la reproducción. Por otra parte, hay una limitación temporal al Artículo 2bis.1) que se refiere principalmente a la comunicación contemporánea o inmediata de este tipo de obras. Así, en virtud del Artículo 2bis.3), las legislaciones nacionales deben permitir que el autor de dichas obras goce del “derecho exclusivo de reunir en colección las obras mencionadas en los párrafos precedentes”. En consecuencia, los autores de los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales siguen teniendo el derecho a reunir en colección sus obras maestras de oratoria.

b) Excepciones a la protección

Conviene destacar las siguientes disposiciones.

Derecho a la utilización lícita de las citas

Durante mucho tiempo, las “citas” tomadas de una obra han sido consideradas una excepción en el marco del Convenio de Berna, si bien ahora el Artículo 10.1) lo contempla como un requisito obligatorio al que cada miembro de la Unión debe dar efecto respecto de las obras que reclaman protección en el marco del Convenio.

El Artículo 10.1) establece lo siguiente:

“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.”

A este respecto, cabría señalar los siguientes comentarios:

1. *El significado de “citas”*: Aunque el Artículo 10.1) no ofrece una definición, por “cita” se entiende la utilización de una parte de un todo mayor -un grupo de palabras de un texto o de un discurso, un pasaje musical o una imagen visual de una pieza musical o de una obra de arte- realizada por una persona distinta al autor de la obra¹⁹. Del tenor del Artículo 10.1) no se deduce que esta excepción se refiera únicamente a los derechos de reproducción: las citas podrían realizarse perfectamente en una conferencia, ejecución o radiodifusión, así como en forma material como un libro, un artículo o una obra de arte visual.

2. *Extensión de la cita*: El Artículo 10.1) no establece limitaciones en cuanto a la extensión de la cita, si bien, como se ha sugerido anteriormente, puede referirse a que la cita sea parte de un todo mayor. Sin embargo, dado que es bastante complejo formular y aplicar restricciones cuantitativas, del Artículo 10.1) se infiere que esta cuestión deberá determinarse caso por caso, teniendo debidamente en cuenta los criterios generales, como los fines y los usos honrados²⁰. De esta forma, en algunos casos puede ser coherente con los fines de la cita

¹⁹ Véase la primera acepción de la definición que ofrece el *Concise Oxford Dictionary*, 10ª edición. 2001, página 1.176 (en inglés).

²⁰ *Ibíd.*, 1147 (Informe).

y con los usos honrados realizar extensas citas de una obra con el fin de garantizar que se presenta de manera correcta, como en el caso de una reseña crítica o de una obra académica. También es posible otro tipo de circunstancias en las que está justificada la cita del conjunto de una obra, como sería el caso de un crítico de arte que comenta una obra sobre la historia del arte en el siglo XX y que, a modo de ilustración, necesita referirse a las pinturas representativas de determinadas escuelas artísticas²¹. Otro ejemplo serían las tiras cómicas o los poemas cortos que se citan como parte de una obra más amplia de un comentario o de una reseña.

3. *La obra en cuestión debe haber sido “hecha lícitamente accesible al público”*: Este es un concepto más amplio que el de “obras publicadas” del Artículo 3.3) en los que dichos actos, como la radiodifusión y la ejecución pública, se excluyen del ámbito de la “publicación” ya que también se requiere que la obra se publique previo “consentimiento del autor”. El requisito de “lícitamente accesible”, del Artículo 10.1) es significativamente diferente en el sentido de que permite el acceso a dichas obras por cualquier medio, y no simplemente mediante copias. De esta manera, si una obra musical o teatral se interpreta en público o en la radio, el Artículo 10.1) debería permitir las citas realizadas por un crítico o un comentarista que rescata pasajes orales para utilizarlos en su reseña. El requisito “lícitamente accesible” del Artículo 10.1) también prevé el supuesto en que el acceso se realiza mediante una licencia obligatoria, si bien en el caso de las grabaciones sonoras la licencia obligatoria del Artículo 13.1) se aplica únicamente si antes el autor ha autorizado, y presumiblemente hecho accesible, la grabación de su obra musical²². Por último, se considerará que el Artículo 10.1) no establece ninguna limitación en cuanto a los tipos de obras que pueden ser citadas.

4. *“Conforme a los usos honrados”*: Posiblemente, el concepto “usos honrados” sea más familiar para los abogados angloamericanos que para sus colegas europeos²³ y, esencialmente, serán los tribunales nacionales los que determinen en cada caso el significado de este concepto. No obstante, los criterios a que se hace referencia en el Artículo 9.2) (véase *infra*) podrían aplicarse también en este caso para determinar si una cita en particular es “honrada”, no atenta contra la explotación normal de la obra ni causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor²⁴. En el Artículo 10.1) no se hace referencia a las citas hechas con arreglo a una licencia obligatoria aunque, en principio, cuando se ofrece una remuneración por utilizar una cita “en la medida justificada por el fin que se persiga” (véase *infra*), se cumpliría más fácilmente el requisito de conformidad a los usos honrados que si se hace una utilización libre de la cita.

5. *La extensión de la cita debe determinarse “en la medida justificada por el fin que se persiga”*: En el Informe presentado a la Conferencia de Estocolmo, la Comisión Principal I señaló que no cualquier lista con fines específicos podría ser exhaustiva²⁵. No obstante, de los trabajos preparatorios de la Conferencia y de los debates de la Comisión Principal I se deduce claramente que las citas hechas con “fines educativos o informativos, de crítica o científicos”

²¹ Nordemann *et al*, 83.

²² Nótese que Desbois *et al* consideran que existe también la misma limitación en cuanto a las licencias obligatorias en virtud del Artículo 13.2): *documentos 1948, 188*. Esta opinión se examina más adelante en el párr. 9.45.

²³ Nordemann, 83.

²⁴ Véase también Nordemann *et al* 83 a 84.

²⁵ *Actas 1967, 860–861*.

se consideran dentro del ámbito de aplicación del Artículo 10.1)²⁶. Otros ejemplos son las citas históricas o académicas hechas a modo de ilustración o prueba para un determinado argumento u opinión. Nuevamente, en el informe de la Comisión de Expertos de la Conferencia de Estocolmo se hizo alusión a las citas hechas con fines de entretenimiento, políticas o judiciales²⁷. Otro ejemplo proporcionado en el programa²⁸ y en los debates de la Comisión Principal I fue la cita para “efectos artísticos”²⁹. Por tanto, es posible que el Artículo 10.1) pueda abarcar gran parte del fundamento jurídico de las disposiciones relativas al “uso honrado” de legislaciones nacionales como la de los Estados Unidos de América (EE.UU.)³⁰.

6. *Citas de los artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa:* Sin embargo, por una parte, el Artículo 10.1) hace alusión a un tipo específico de cita, a saber, las “citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”. Este artículo conserva parte de la redacción del Artículo 10.1) del Acta de Bruselas, si bien introduce algunas diferencias en cuanto al significado. De hecho, esta última disposición por lo general hacía referencia a las citas cortas y se hacía extensiva al derecho a incluirlas en las revistas de prensa. La redacción actual no recoge este significado y además no tiene sentido: mientras que un resumen de un periódico o en un artículo periodístico puede incluir una cita de dicho artículo (como preveía el Acta de Bruselas), el resumen no se equipara a la cita. Por tanto, es difícil saber a qué se refiere el actual Artículo 10.1) cuando alude a una cita a modo de resumen. Se trata de una contradicción de términos que no contribuye a explicar el funcionamiento de la disposición³¹.

7. *Preceptivo y no permisivo:* Por último, como se ha señalado anteriormente, se trata de una excepción preceptiva que deben aplicar los Estados miembros en sus legislaciones nacionales. En este sentido, se trata de una disposición singular entre todas las limitaciones y excepciones del Convenio de Berna, que son permisivas, en el sentido de que establecen los límites en los que las legislaciones nacionales *pueden* prever limitaciones y excepciones a la protección.

Utilización para fines de enseñanza

La disposición pertinente es el Artículo 10.2), que establece lo siguiente:

“2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos 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

²⁶ *Ibíd.*, 116 a 117 (Doc S/1), 860 a 861 (actas).

²⁷ *Ibíd.*, 117.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*, 861 (comentarios del delegado sueco, Sr. Hesser).

³⁰ Artículo 107 de la *Ley de Derecho de Autor de los EE.UU.* de 1976.

³¹ Véase la explicación contenida en el Informe de la Comisión Principal I, en el que se profundiza mucho más sobre esta cuestión: “Se señaló también que la última frase, que se refiere a las revistas de prensa, daba lugar a cierta ambigüedad. Se consideró, sin embargo, que sería difícil eliminar dicha ambigüedad y, aunque no se cree absolutamente necesario, tendrían que ser los jueces los que decidan en última instancia”. *Actas* 1967, página 1147.

de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.”

A continuación se señalan algunos comentarios relativos a la interpretación de esta disposición:

1. El concepto de “utilización... [de obras] para fines de enseñanza” es una cuestión que determinará la legislación nacional o los acuerdos bilaterales entre los Estados miembros (véase también el Artículo 20). Por tanto, lo que se establece en el Artículo 10.2) son los límites para la reglamentación.
2. A diferencia de anteriores versiones de este Artículo, el Artículo 10.1) no incluye limitaciones cuantitativas, a excepción de la restricción general de que la utilización de las obras sólo podrá realizarse “en la medida justificada por el fin perseguido, ... a título de ilustración ... de la enseñanza, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados”. Estas referencias al propósito y a los usos honrados se asemejan a las del Artículo 10.1) y amplía el alcance de la disposición sin que ello implique necesariamente limitaciones cuantitativas. Los términos “a título de ilustración” imponen algunas limitaciones, si bien no excluyen la utilización del conjunto de una obra en las circunstancias adecuadas como, por ejemplo, en el caso de una obra artística o de una obra literaria breve³².
3. La utilización debe ser “a título de ilustración” y con el propósito de “enseñanza”. El sentido de esta última expresión fue objeto de un considerable análisis por parte de los delegados de la Conferencia de Estocolmo y la explicación de sus opiniones quedó recogida en el Informe de la Comisión:

“Se expresó el deseo de que se aclarara en el presente Informe que con el término “enseñanza” se hace referencia a todos los niveles de enseñanza de las instituciones educativas y de las universidades, de las escuelas estatales y municipales y de los colegios privados. La educación fuera de estas instituciones, como por ejemplo la enseñanza accesible al público en general no incluida en las categorías citadas anteriormente, debería quedar excluida”.³³ Esta interpretación es restrictiva,³⁴ ya que excluye claramente la utilización de obras en los cursos de enseñanza para adultos y en los países en desarrollo excluiría también las campañas de alfabetización de adultos, si bien su utilización ulterior podría ser contemplada por la disposición del Apéndice al Acta de París (véase *infra*).

4. ¿Queda la “enseñanza” limitada a la que se imparte en las aulas o se incluye también la enseñanza por correspondencia o en cursos por Internet donde los estudiantes no tienen contacto directo con el profesor? Esta cuestión es importante para muchos países, y por ello se ha sugerido que, a los efectos del Artículo 10.2), no hay razón para excluirla del alcance de “enseñanza”.

³² En el Informe de la Comisión Principal I no se proporcionan nuevas orientaciones sobre estas cuestiones, aunque en los informes sobre las actas de la Comisión se señala que al menos un delegado (el del Reino Unido) indicó explícitamente que esta redacción permitiría la utilización de toda una obra, opinión que fue respaldada por otros delegados.

³³ *Actas* 1967, 1148.

³⁴ Nótese que en la Comisión Principal I algunos delegados consideraron que se trataba de una interpretación demasiado restrictiva: *Ibíd.*, 886 (Sr. Reimer, FRG).

5. El requisito de que la utilización sea “conforme a los usos honrados” rige igualmente para las citas lícitas a que se refiere el Artículo 10.1). Este Artículo recoge una apreciación objetiva de la situación por lo que, como se sugirió anteriormente, los criterios a que se hace referencia en el Artículo 9.2) proporcionarían una útil orientación (véase más adelante).
6. Entre los distintos tipos de utilización que permite el Artículo 10.2) no sólo se incluyen las publicaciones (que al parecer se refieren a las reproducciones), sino también las radiodifusiones y las grabaciones visuales o sonoras. El hecho de que se incluya a la radiodifusión permitiría impartir enseñanza a un mayor número de personas.
7. Una forma de utilización no incluida en el Artículo 10.2) es la distribución de una obra que forma parte de un programa original o de una radiodifusión y que se realiza a través de un sistema de cable. En este caso se incluyen otras disposiciones que abordan las excepciones de los derechos de autor (Artículo 10*bis*1)), razón por la cual la omisión de esta forma de utilización en el Artículo 10.2) debe considerarse deliberada.
8. El Artículo 10.2) no contiene ninguna restricción sobre el número de copias que pueden realizarse en el caso de las publicaciones y grabaciones visuales o sonoras que se realizan con fines de enseñanza. Al igual que no se impone ninguna limitación respecto al público que recibe una obra radiodifundida con fines de enseñanza, tampoco puede existir limitación sobre el número de copias que pueden realizarse con el mismo fin. La única consideración que podría aplicarse en este caso es que la fabricación de muchas copias ha de ser conforme a los “usos honrados”. Obviamente, si esta actividad atenta contra la explotación normal que realiza el autor de su obra y causa un perjuicio injustificado a sus derechos legítimos, el Artículo 10.2) no será aplicable. A este respecto, el número de copias será un factor muy determinante, sobre todo cuando se realiza un gran número de copias para que sean utilizadas por los estudiantes en el aula. La remuneración por tales utilizaciones, con arreglo a una licencia obligatoria, podría servir para que dicha utilización fuese más “conforme con los usos honrados”.

Utilización de citas e ilustración de la Enseñanza: mención de la fuente y del nombre del autor

Los Artículos 10.1) y 10.2) están sujetos a otro requisito del Artículo 10.3) según el cual cuando la utilización de obras se realice de acuerdo con dichos artículos, se deberá mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

Se trata de un requisito obligatorio que, a pesar de que pueda parecer superfluo a la luz del Artículo 6*bis* se pensó que era conveniente incluirlo en el Artículo 10 para que no quedara ninguna duda de que el derecho de mención ha de respetarse en el caso de las citas y de las utilizaciones realizadas de acuerdo con dicha disposición³⁵. Esta disposición puede plantear problemas en cuanto al derecho de respeto o integridad: ¿se excluye la aplicación de este requisito del Artículo 6*bis* de las disposiciones del Artículo 10? En una declaración del Informe de la Comisión Principal I de la Conferencia de Estocolmo se señala que los delegados mostraron por lo general su acuerdo en que el Artículo 6*bis* se aplicara a las

³⁵ *Documentos* 1948, 245 (comentarios del programa). Véase también las propuestas preliminares de la conferencia aplazada de 1935: [1933] DA 99.

excepciones autorizadas por el Convenio, incluido el Artículo 10³⁶. No obstante, existen razones prácticas que aconsejan que el Artículo 6bis no debería aplicarse a las disposiciones del Artículo 10. Sin embargo, las modificaciones y alteraciones de una obra suelen ser necesarias cuando se hace la cita o se utiliza a título de ilustración de la enseñanza, razón por la cual en las Actas de la Conferencia de Roma se abogó por esta flexibilidad y se rechazaron las enmiendas propuestas relativas a la disposición sobre la “conformidad completa con el texto original”³⁷. La cuestión de las modificaciones y otros cambios no fue planteada en las posteriores Conferencias de Revisión del Artículo 10 y, por ello, puede afirmarse que a excepción del derecho de mención, no se ha alcanzado un acuerdo en cuanto a la necesidad de respetar el derecho de integridad recogido en el Artículo 10. A falta de dicho acuerdo, no puede aceptarse la aplicación del Artículo 6bis a las citas lícitas y a los préstamos.

Además, el Artículo 10.3) puede cubrir el vacío dejado por el Artículo 6bis. En el marco del Acta de Bruselas, esta disposición no exigía la protección del derecho de mención una vez fallecido el autor, y todavía un Estado miembro de la Unión puede denegar dicha protección de conformidad con el Artículo 6bis2) de las Actas de París y de Estocolmo. En esos casos, el Artículo 10.3) establece que dicho país sigue estando obligado a conceder la protección en el caso de citas y de utilidades que entren dentro del marco del Artículo 10.

Por último, cabe destacar que el Artículo 10.3) no se refiere únicamente a la mención del nombre del autor (una obligación que rige únicamente cuando el nombre del autor figura en la obra) sino que también exige que se mencione la fuente, presumiblemente los detalles de publicación de la obra, incluido el nombre de cualquier obra más extensa en la que se incluya aquélla.

Excepciones en favor de la Prensa

Desde su creación, el Convenio ha recogido disposiciones en favor de la prensa: véase las limitaciones del Artículo 2.8) relativas a las “noticias del día” y “sucesos” a que se ha hecho referencia anteriormente. Las otras disposiciones relativas a la utilización de las informaciones de prensa se clasifican en dos amplias categorías: la utilización de artículos en periódicos o colecciones periódicas (Artículo 10bis1)) y la utilización de obras para transmitir las e informar al público (Artículos 2bis2) y 10bis2)).

La utilización de artículos en periódicos y en colecciones periódicas

El Artículo 10bis1) dispone lo siguiente:

“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 indicar siempre claramente la fuente; la sanción al

³⁶ Actas 1967, 1165.

³⁷ Actas 1928, 252ff. Véase además Ricketson, párr. 9.28.

incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección”.

Aunque inicialmente se trataba de una excepción obligatoria, en la actualidad esta disposición queda al arbitrio del derecho interno. A continuación se ofrecen algunos comentarios sobre alcance de esta disposición.

1. Los actos permitidos son la reproducción, la radiodifusión y la transmisión por hilo al público.
2. No rige únicamente respecto de los artículos publicados en periódicos o colecciones periódicas sino también para las “obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter” (aunque no para las “obras que tengan el mismo carácter” que hayan sido transmitidas por hilo al público). Parece que también se pueden utilizar obras completas. Por una parte, el requisito de que debe de tratarse de artículos u obras radiodifundidas “de artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa” excluye a una amplia gama de periódicos y colecciones periódicas, reseñas artísticas y literarias, crónicas deportivas, artículos sobre cuestiones científicas y técnicas, etc. El término “de actualidad” también se refiere a que los artículos en cuestión deben ser de relevancia inmediata, ya que el objetivo de esta excepción es permitir la libre circulación de información relativa a acontecimientos de actualidad³⁸. Por tanto, se excluyen los artículos más extensos en los que se examinan estas cuestiones a más largo plazo.
3. La disposición no hace referencia a la reproducción y transmisión de artículos en traducciones³⁹. No se consideró necesario incluir esta referencia en la Conferencia de Estocolmo ya que el derecho de traducción, recogido en el Artículo 8 del Convenio, está implícitamente sujeto a las mismas excepciones que rigen para la reproducción y la radiodifusión⁴⁰: véase más adelante.
4. En cuanto al Artículo 10.2), relativo a la radiodifusión y transmisión por hilo al público de una obra, también debe incluir cualquier otra difusión que se lleve a cabo a través de la recepción de la radiodifusión o del servicio por hilo, por ejemplo, cuando se reproduce para el público⁴¹. En cuanto a las reproducciones, no existe ninguna limitación sobre el número de copias que pueden realizarse.
5. En estos casos las legislaciones nacionales pueden imponer limitaciones más estrictas que las del Artículo 10*bis*.1), o no autorizar ninguna derogación. El único requisito de conformidad exigido por la disposición es que se mencione la fuente del artículo (véase más adelante). Tampoco tiene sentido que un país invoque el Artículo 10*bis*.1) y no exija un derecho de licencia obligatoria por esas utilidades: de existir, la derogación se suavizaría en mayor grado del permitido por la disposición⁴².

³⁸ Nótese, por ejemplo, la declaración del Delegado Checo, que afirmó que esta es una cuestión que tiene que ver sobre todo con las declaraciones que realizan los personajes públicos: *ibíd.*, 859.

³⁹ Doc S/51; *ibíd.*, 688.

⁴⁰ *Ibíd.*, 1149 (Informe de la Comisión Principal I)

⁴¹ En el mismo sentido, véase Masouyé, 61.

⁴² En el mismo sentido, véase Desbois *et al*, 198-199.

6. Cualquier excepción formulada por las legislaciones nacionales de conformidad con esta disposición debe exigir que se mencione la fuente del artículo. De esta forma, se reconoce parcialmente el derecho de mención del autor, si bien con una redacción diferente a la del requisito del Artículo 10.3). Según este Artículo, debe respetarse este requisito para que la cita o utilización de que se trate sea lícita. Sin embargo, con arreglo al Artículo 10*bis*.1), la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección. Por tanto, corresponde a la legislación nacional decidir si dicho incumplimiento recibe una sanción inferior, como por ejemplo una indemnización por daños y perjuicios o una multa, y si considera dicha utilización como ilícita.

La utilización de obras en las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad

El Artículo 10*bis*.2) se ocupa de la utilización fortuita de obras en las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad, mediante la fotografía, la cinematografía o la radiodifusión, y dispone lo siguiente:

“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 de la 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 ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento.”

A continuación se ofrecen algunos comentarios sobre esta disposición.

1. No se trata de un requisito obligatorio, sino de una cuestión que simplemente queda reservada a la legislación nacional. En relación con las utilizaciones prescritas en el Artículo 10*bis*.2), un miembro de la Unión da efecto a una de estas condiciones permitiendo el pago de una remuneración por medio de una licencia obligatoria⁴³. También puede ocurrir que un Estado de la Unión no prevea ninguna de estas utilizaciones.
2. Los medios a que hace referencia la disposición son la fotografía, la cinematografía, la radiodifusión y la transmisión por hilo al público. No obstante, a parte de las fotografías y las películas cinematográficas, por lo general la reproducción de obras con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad no están permitidas. Por tanto, tales utilizaciones estarán justificadas por el derecho de cita contenido en el Artículo 10.1) es decir, en el marco de la excepción general del Artículo 9.2). Tal sería el caso de una grabación sonora de un acontecimiento de actualidad realizada para su posterior radiodifusión: en la medida en que contiene una reproducción de una obra protegida no entraría dentro del ámbito de aplicación del Artículo 10*bis*.2).
3. El objeto de las informaciones debe ser un “acontecimiento de actualidad” y la obra en cuestión ha de ser “vista u oída en el curso del acontecimiento”. Este requisito impone un importante límite temporal a la disposición ya que, después de haberse reproducido la obra, no estaría permitido mejorarla mediante una fotografía, una obra de arte o un

⁴³ Véase también Desbois *et al*, 201.

acompañamiento musical ya que ninguna de estas últimas habrían sido “vistas u oídas en el curso del acontecimiento”.

4. La utilización de la obra debe estar “justificada por el fin de la información”. Más adelante se aclarará que no se trata de dar carta blanca a la reproducción de obras completas disfrazadas de informaciones relativas a acontecimientos de actualidad: ello sólo estará permitido cuando la naturaleza de la obra sea tal que dicha reproducción sea necesaria para permitir la información⁴⁴.

Informaciones de conferencias, alocuciones y otras obras de la misma naturaleza

El Artículo 2*bis*.2) permite también a los Estados miembros regular las condiciones por las cuales la transmisión oral de este tipo de obras puede utilizarse con fines de información, y establece que:

“Se reserva también a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en las que las conferencias, alocuciones y obras de la misma naturaleza, pronunciadas en público, podrán ser reproducidas por la prensa, radiodifundidas, transmitidas por hilo al público y ser objeto de las comunicaciones públicas a las que se refiere al Artículo 11*bis*.1) del presente Convenio, cuando tal utilización esté justificada por el fin informativo que persigue.⁴⁵”

En este supuesto no se incluirán, por ejemplo, las conferencias, alocuciones, etc., pronunciadas para grupos privados, ni tampoco los juramentos ni los sermones, a menos que se incluyan en el término general “otras obras de la misma naturaleza”. El fundamento de interés público de la disposición se hace también explícito con el requisito primordial de que las utilidades que permite estarán justificadas por el “fin informativo”. Ello no significa necesariamente que las obras reproducidas, radiodifundidas, etc., deban ser “noticias”, siempre y cuando la reproducción, radiodifusión, etc., se realice con el objetivo de informar al público. A este respecto, esta disposición contrasta con el Artículo 10*bis*.2), que queda reservado a las informaciones relativas a “acontecimientos de actualidad”.

A continuación se destacan otros aspectos comunes con el Artículo 10*bis*2):

1. Teniendo en cuenta que se reserva a las legislaciones nacionales la facultad de determinar las utilidades a que se refiere el Artículo 2*bis*2), corresponde por tanto a los miembros de la Unión establecer las condiciones por las cuales dicha utilización quedará sujeta a licencias obligatorias y al pago de una compensación.

2. El Artículo 2*bis*2), a diferencia de lo que establece el Artículo 10*bis*2), no regula las películas cinematográficas que se realicen de las obras que son objeto de la disposición.

Excepción general relativa a los derechos de reproducción: La “prueba del criterio triple”

⁴⁴ Cabe citar como ejemplos las informaciones sobre la apertura de un nuevo edificio o escultura públicos y las relativas a un acontecimiento deportivo cuyo estadio está rodeado de varias obras de arte: *Ibid.*, 119.

⁴⁵ Estocolmo, Actas de París, Artículo 2*bis*.2).

Antes de las Actas de París y de Estocolmo, el Convenio no contenía ninguna disposición general que exigiera el reconocimiento de los derechos de reproducción. A pesar de que se ha afirmado que las Actas anteriores incluían un requisito implícito para conceder dicha protección, lo más razonable es pensar que no existía dicha obligación⁴⁶. En consecuencia, los miembros de la Unión podían imponer cualquier tipo de restricción sobre los derechos de reproducción o incluso no conceder ningún tipo de protección. En la práctica, los derechos de reproducción estaban reconocidos universalmente por las legislaciones nacionales, si bien las excepciones a estos derechos varían en gran medida entre los países. Las únicas áreas en las que el Convenio abordó estas cuestiones se refieren a las citas, a las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad y a la ilustración de la enseñanza (véase *supra*), en la medida en que estas disposiciones permitían aplicar tales excepciones cuando se trataba de derechos de reproducción. Las consecuencias de estas diferencias eran que, en el caso de que el Convenio incorporara un derecho general de reproducción, había que ser cauteloso para garantizar que dicha disposición no invadía las excepciones ya contempladas en las legislaciones nacionales⁴⁷. Por otra parte, sería también necesario garantizar que no se permiten secciones más amplias que podrían vulnerar derechos de reproducción recientemente reconocidos.

Estas cuestiones recibieron una enorme atención en los trabajos preparatorios de la Conferencia de Revisión de Estocolmo, en particular la cuestión de si cualquier excepción propuesta debía indicar los objetivos específicos permitidos o si se podía elaborar una fórmula más general en la que se incluyeran las excepciones presentes y futuras. Por último, en la Conferencia de Estocolmo se optó por el planteamiento de una fórmula general que ya está incorporada en el Artículo 9.2) del Acta de París. La comúnmente conocida “prueba del criterio triple”, que es considerada casi como si fuera un texto sagrado, establece lo siguiente:

“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 que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

En el Artículo 9.2) no se hace referencia a anteriores disposiciones como los Artículos 10, 10*bis* y 2*bis*.2), ni tampoco al Artículo 13, el cual se aborda más adelante, que fueron modificadas y mantenidas durante las Actas de París y Estocolmo respectivamente.

⁴⁶ Véase Ricketson, párr. 8.12. Sin embargo, la Oficina de la Unión de Berna (anteriormente BIRBI) manifestó una opinión contraria en el programa para la Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948 (*Documentos de la Conferencia reunida en Bruselas del 5 al 26 de junio de 1946*, p. 58); véase además Nordemann *et al*, edición en inglés, p. 107, y Ficsor, p. 86 ff.

⁴⁷ El Grupo encargado del estudio señaló en los trabajos realizados para el programa de 1967 que las “excepciones más frecuentemente reconocidas en las legislaciones nacionales” se referían a los siguientes métodos de utilización: 1) discursos públicos, 2) citas, 3) libros y crestomatías escolares, 4) artículos de periódico, 5) informaciones relativas a acontecimientos de actualidad, 6) grabaciones efímeras, 7) utilización privada, 8) reproducción mediante fotocopias realizadas en las librerías, 9) reproducción en caracteres especiales para uso de los invidentes, 10) grabaciones sonoras de obras para los invidentes, 11) letras de canciones, 12) esculturas en una exposición permanente en lugares públicos, 13) utilización de obras artísticas en películas y en la televisión, y 14) reproducción en interés de la seguridad pública. Esta lista podría ampliarse con las reproducciones con fines administrativos y judiciales como, por ejemplo, durante los procedimientos judiciales”: *Actas de 1967*, Vol. I, 112 (Doc S/1).

No obstante, no cabe duda de que el funcionamiento de las disposiciones en el marco de su esfera específica no se ha visto afectado por la disposición más general contenida en el Artículo 9.2) y que las utilidades permitidas por dichos Artículos quedan excluidas por tanto de su ámbito de aplicación⁴⁸.

El Artículo 9.2) establece tres condiciones distintas que deben respetarse para que una excepción al derecho de reproducción esté justificada por el derecho interno. Estas condiciones se examinan más adelante y se hace referencia a las opiniones del Grupo Especial de la OMC que recientemente las examinó en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC en relación con las excepciones de uso hogareño y empresarial para las interpretaciones públicas de obras musicales con arreglo a la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, de 1976 (véase más adelante).

Determinados casos especiales

Los adjetivos “determinado” y “especial” sugieren que todas las excepciones al derecho de reproducción realizadas en virtud del Artículo 9.2) deben ser limitadas. De esta manera, tras consultar varias definiciones de “determinado” en los diccionarios (“conocido y particularizado, pero no identificado explícitamente”, “fijo, no variable; definido, preciso, exacto”).⁴⁹, el Grupo Especial de la OMC señaló que el término significa que:

“...una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida. Sin embargo, no es necesario identificar explícitamente todas y cada una de las situaciones posibles a las que podría aplicarse la excepción siempre que su alcance sea conocido y particularizado. Esto garantiza un grado suficiente de certidumbre jurídica”⁵⁰.

En cuanto al significado de “especial” (“que tiene una aplicación o propósito individual o limitado”, “que contiene detalles; precisos, específicos”) el Grupo Especial de la OMC señaló que este término significa que se requiere algo más

“...que una definición clara a fin de cumplir la norma de la primera condición. Además, las excepciones o limitaciones deben ser limitadas en cuanto a su campo de aplicación o excepcionales en su alcance. En otras palabras una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo. Esto sugiere un ámbito reducido así como un objetivo excepcional o característico. Para situar este aspecto de la primera condición en el contexto de la segunda condición (“que no atenten contra la

⁴⁸ Véanse los comentarios del Delegado de Mónaco en *ibíd.*, 885 y los comentarios generales sobre la interpretación contenidos en el párr. 14 del Informe de la Comisión Principal I: “El Comité de Redacción adoptó por unanimidad el borrador de los nuevos textos así como la revisión de la redacción de algunas disposiciones, como el principio *lex specialis legi generali derogat* (la ley especial deroga a la general): se aplica a los textos especiales en su ámbito restringido, la exclusividad de los textos que tienen un alcance universal. Por ejemplo se consideró que no era importante incluir en el Artículo 9, que trata de algunas excepciones generales que afectan a los derechos de autor, referencias expresas a los Artículos 10, 10*bis*, 11*bis* y 13 como excepciones especiales”.

⁴⁹ *New SOED*, p. 364.

⁵⁰ Grupo Especial de la OMC, p. 46.

explotación normal”), las excepciones o limitaciones deben ser lo contrario de un caso que no sea especial, es decir de un caso normal”⁵¹.

Por consiguiente, estos dos adjetivos requieren que una excepción propuesta (“caso”) esté claramente definida y delimitada en cuanto a su alcance y aplicación. Esta interpretación parece que es también coherente con el sentido, el objeto y el propósito del Convenio, es decir que sea un tratado que constituya una Unión para “la protección del derecho de autor en sus obras literarias y artísticas”. En cualquier caso, será necesario examinar todos los aspectos de la excepción propuesta, incluidas cuestiones como los derechos y las obras protegidas, las personas que pueden beneficiarse de ello y el propósito de la excepción.

¿Exige también la frase “determinados casos especiales” que exista un “propósito especial” o justificación respecto de las excepciones aplicadas en el derecho interno? Esta cuestión es respaldada en este estudio y por varios comentaristas⁵², si bien otros han preferido no pronunciarse al respecto⁵³. Además, aunque el Grupo Especial de la OMC que examinó la excepción de uso hogareño utilizó los adjetivos “excepcional” y “distintivo” en este contexto (véase el texto citado anteriormente), señaló, no sin dificultades, que ello no quiere decir que los términos “determinados casos especiales” equivalgan a “propósito especial”. Aunque en este caso el Grupo Especial abordaba un acuerdo internacional diferente, como el Acuerdo sobre los ADPIC, la redacción del Artículo 13 es la misma que la del Artículo 9.2) y, como han señalado algunos comentaristas, el primer criterio debería recibir la misma interpretación en los dos instrumentos.”

En este sentido, el catedrático Ginsburg⁵⁴ afirma de una manera convincente que la frase “determinados casos especiales” debería recibir una interpretación normativa, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, el propósito de una determinada excepción será objeto de examen en el marco del segundo y tercer criterio, es decir cuando atente contra la explotación normal de la obra o cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor. También algunos comentarios respaldan el planteamiento adoptado en el Artículo 9.2) y por ello se afirma que la opinión más conveniente es que la frase “determinados casos especiales” no debería interpretarse en el sentido de que también requiera algún tipo de “propósito especial”.

⁵¹ Grupo Especial de la OMC, p. 46.

⁵² Ricketson, página 482. No sólo en este Estudio se afirma que la utilización en cuestión debería ser para “un propósito bastante específico”, sino que dicho propósito debe ser también “algo especial; “especial” quiere decir que esté justificado por alguna razón evidente de política pública y por alguna otra circunstancia excepcional”. Nótese que Ficsor (página 284) adopta una postura similar. En el mismo sentido, véase Reinbothe y von Lewinski, páginas 124-125.

⁵³ Nótese, sin embargo, que esta cuestión no ha sido examinada por otros destacados comentaristas. Por ejemplo, la Guía para el Convenio de Berna de la OMPI, de 1978 (páginas 55 a 56) no proporciona comentarios sobre el significado de la frase “determinados casos especiales”, y tampoco lo hacen comentaristas alemanes destacados, como Nordemann, Vinck, Hertin y Meyer, *International Copyright and Neighbouring Rights Law*, VCH, edición en inglés 1990, páginas 108 a 109, ni renombrados comentaristas franceses, como Desbois, Francon y Kerever, *Les Conventions internationales de droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, párrafos 172 a 173.

⁵⁴ J. Ginsburg, “Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions” [2001] *Revue internationale du droit d'auteur*, enero 2001.

“Que no atente contra la explotación normal de la obra”

Las definiciones que figuran en el diccionario facilitan nuevamente el punto de partida para determinar el sentido corriente de las palabras “normal” y “explotación”. La segunda de estas es quizás la más sencilla de determinar: los términos “explotar” y “explotación” hacen referencia a “hacer uso de” o “utilizar para los propios fines”⁵⁵ y, en el contexto de las “obras”, puede considerarse que hacen referencia a la actividad mediante la que los titulares del derecho de autor utilizan los derechos exclusivos que les han sido conferidos, incluido el derecho de reproducción, para “obtener un valor económico de sus derechos a esas obras”⁵⁶. En cuanto al término “normal”, significa “que constituye o se ajusta a un tipo o norma; regular, usual, típico, ordinario, convencional...”⁵⁷ En opinión del Grupo Especial de la OMC, estas definiciones dan lugar a dos posibles connotaciones de la frase “explotación normal”: la primera de carácter empírico, es decir, lo que es regular, usual, típico u ordinario, mientras que la segunda aplica un “planteamiento algo más normativo, si no dinámico, es decir conforme a un tipo o norma”.

Con arreglo al planteamiento empírico, cabe preguntar si el uso exento entraría dentro del ámbito de actividades de las que el titular del derecho de autor tendría previsto normalmente recibir una compensación. No obstante, al plantear la cuestión de esta manera se incurre en “una evidente definición circular”, como ha observado el Profesor Goldstein: “Al menos históricamente un autor explotará normalmente una obra únicamente en los mercados en que tenga garantizados los derechos reconocidos por la ley; por definición, los mercados en los que se explotan obras objeto de exención están fuera del ámbito de explotación normal. En consecuencia, cabe pensar que ampliar una exención equivale a limitar el “mercado normal”, mientras que ampliar la definición de “mercado normal” equivale a limitar la excepción permitida”⁵⁸. Por lo tanto, es posible que al plantearse esta cuestión sea más adecuado asumir que el titular está facultado para ejercer sus derechos plenamente, sin estar limitado de una u otra manera por la presencia de una exención y preguntarse simplemente si el uso en particular es algo que el titular del derecho de autor trataría de explotar corrientemente o, quizás, razonablemente. Esto supondría examinar la situación actual y desestimar los posibles modos de explotación que puedan surgir en el futuro. Por otra parte, el planteamiento “normativo” o dinámico supondría ir más allá de esta evaluación meramente cuantitativa para tener en cuenta los avances tecnológicos y la evolución del mercado, aunque actualmente no tengan por qué contemplarse. Asimismo, cabe la posibilidad de que usos que actualmente no están controlados por los titulares del derecho de autor puedan pasar a estarlo como consecuencia de los cambios tecnológicos: ejemplo de ello puede ser el caso de la copia privada, donde podrían reducirse los costos de transacción que supone la supervisión de dichos usos gracias a las nuevas tecnologías. Por lo tanto, en este planteamiento más cualitativo o dinámico, al considerar la “explotación normal” será necesario examinar los usos o modos potenciales de obtener valor de una obra, así como los actuales y reales.

⁵⁵ *SOED*, p. 888.

⁵⁶ Grupo Especial de la OMC, p. 60.

⁵⁷ *SOED*, p. 1940.

⁵⁸ Paul Goldstein, *International Copyright. Principles, Law and Practice* § 5.5 (2001) (Traducción de la Oficina Internacional).

“Está claro que existirán diferencias en función del planteamiento utilizado, pero el segundo parece más coherente con el contexto del Convenio de Berna y con “su objeto y fin” (Artículo 31 de la *Convención de Viena*)”.

En consecuencia, deberá interpretarse que la frase “explotación normal” incluye “además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica”⁵⁹. En consecuencia, las excepciones previstas en la legislación nacional que no entren en competencia económica (en el presente o en el futuro) con los usos no exentos no deberían oponerse a la segunda condición del Artículo 9.2). Entonces, ¿cuál es el caso de un uso que no entra en competencia económica con los intereses del titular del derecho de autor pero que no obstante crea un beneficio económico para el usuario? ¿Deberá considerarse que se trata de un uso que entra dentro del ámbito de explotación normal de esa obra? A este respecto, debe recordarse que el Artículo 9.2) tenía por fin dar cabida a las excepciones ya existentes en virtud de las legislaciones nacionales, algunas de las cuales podrían haber sido consideradas capaces de crear un beneficio económico para el usuario⁶⁰. El Grupo Especial de la OMC abordó expresamente esta cuestión de la manera siguiente, al interpretar la misma frase (“no atenten contra la explotación normal de la obra”) presente en el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

“... a nuestro parecer, no toda utilización de una obra, que en principio está comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entraña utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de dicha obra. Si este fuera el caso, apenas habría excepciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición y el Artículo 13 resultaría sin sentido, puesto que la explotación normal equivaldría al pleno uso de los derechos exclusivos”⁶¹.

El Grupo Especial prosiguió afirmando lo siguiente:

“Consideramos que una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilizaciones, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (es decir, el derecho de

⁵⁹ Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.180.

⁶⁰ Aunque de manera indirecta, este punto fue comentado en el programa del Grupo de Estudio Sueco/BIRPI para la Conferencia de Estocolmo: “En tal sentido, el Grupo de Estudio [1964] observó que, de una parte, era evidente que todas las formas de explotar una obra que tenían, o podían adquirir, considerable importancia económica o práctica debían en principio reservarse a los autores; las excepciones que pudieran restringir las posibilidades de que disponían los autores a este respecto eran inaceptables. Por otra parte, no debía olvidarse que las leyes nacionales contenían ya una serie de excepciones en favor de diversos intereses públicos y culturales y que sería inútil suponer que los países estarían dispuestos en este momento a abolir esas excepciones de manera apreciable.” *Actas 1967*, Vol. I, p. 112 (Doc S/1).

⁶¹ Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.182.

autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables”⁶².

Existe otro aspecto del adjetivo “normal” que no se considera en los párrafos precedentes, a saber, la medida en que este término abarca verdaderas consideraciones normativas, es decir, consideraciones sobre lo que *debería* abarcar el mercado del titular del derecho de autor, así como cuestiones más empíricas sobre cuál es la situación actual y cuál puede serla en el futuro. No era verdaderamente necesario considerar este aspecto en el caso de la exención de uso doméstico, puesto que la excepción destinada a favorecer a unos pocos que era objeto de examen en ese caso no tenía ninguna de las importantes justificaciones en que se basan a menudo las excepciones al derecho de autor, como la defensa de la libertad de expresión, la investigación académica, la educación, etcétera⁶³. No obstante, en otros casos esta será una cuestión importante, por ejemplo, cuando la excepción guarda relación con la investigación y el uso académico o los usos de bibliotecas; la cuestión que surge entonces es si se trata de “mercados” que el titular del derecho de autor debe poder controlar en un sentido normativo. En este contexto los términos “normal” y “normativo” sugieren el examen de consideraciones económicas y de otro tipo, lo cual conlleva inevitablemente alcanzar cierta clase de equilibrio.

Si consideramos únicamente el objeto y los fines del Convenio de Berna (“...una Unión...[destinada a] proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”), existen pocas bases, en caso de que las haya, sobre las que fundar ese equilibrio. No obstante, la interpretación de las disposiciones de tratado, en virtud del derecho consuetudinario internacional y de la *Convención de Viena*, exige que esto se efectúe en el “contexto” del tratado así como en el de su objeto y fines, y conlleva el examen del texto del tratado en su conjunto. Como se ha indicado anteriormente, el Convenio de Berna contiene, y ha contenido durante mucho tiempo, una serie de disposiciones que reconocen que pueden establecerse limitaciones y excepciones a los derechos de los autores en determinadas circunstancias específicas que están justificadas por otras consideraciones de “política pública” distintas de las de tipo económico: véanse, por ejemplo, los Artículos 2.4), 2*bis*.1), 10.1) y 2), 10*bis*.1) y 2) que ya han sido examinados anteriormente. Cada uno de ellos está sujeto a distintas condiciones, pero se basa en un tipo de consideración normativa que no está centrada en los autores y en razones de tipo económico, como la libertad de información y la “democracia participativa” (Artículo 2.4) y Artículo 2*bis*.1)), la crítica y el análisis (Artículo 10.1)), los fines educativos (Artículo 10.2)) y la difusión de noticias (Artículo 10*bis*.1) y 2)). La única diferencia existente entre estas disposiciones del Artículo 9.2) es que incorporan (en mayor o menor medida) en el texto de cada una de ellas los resultados del equilibrio obtenido en las sucesivas conferencias de revisión en que han sido adoptadas, mientras que el Artículo 9.2) sirve deliberadamente de disposición global o general que es aplicable eventualmente a todas las excepciones al derecho de reproducción. Por lo tanto, en el marco más amplio del tratado, parece lógico concluir que el examen exigido con arreglo al segundo criterio del Artículo 9.2) comprende el estudio de consideraciones normativas distintas de las económicas, a saber, si esta clase de uso en particular *debería* estar controlada por el titular del derecho de autor. Además, esta interpretación está en concordancia con lo expuesto en la labor preparatoria para la Conferencia de Estocolmo, una ayuda complementaria legítima para interpretar los tratados. Se recordará que el programa de la Conferencia contenía el comentario de “que las leyes

⁶² Grupo Especial de la OMC, p. 66, párr. 6.183.

⁶³ *Id.*

nacionales contenían ya una serie de excepciones en favor de diversos intereses públicos y culturales y que sería inútil suponer que los países estarían dispuestos en este momento a abolir esas excepciones de manera apreciable”⁶⁴. Además, en las Actas de la Conferencia y en varias enmiendas propuestas por los delegados se indica que trataban de alcanzar una descripción general de los fines con que podrían establecerse excepciones que dieran cabida a las excepciones relativas al interés público vigentes en las legislaciones nacionales. Por último, cabe constatar que si se analiza desde un punto de vista estrictamente económico el segundo criterio del Artículo 9.2), será escasa o nula la función que ha de realizar el tercer criterio, que hace referencia específicamente a los intereses del autor (véase más adelante). Dejando a un lado los usos estrictamente *de minimis*, cabe considerar que se hallan dentro del ámbito de la explotación normal de una obra la gran mayoría de usos que entran dentro del Artículo 9, al menos en potencia, en tanto que la tecnología reduce el costo de las transacciones. Por lo tanto, cualquier libre utilización que esté permitida en virtud del Artículo 9.2) podría entrar en conflicto con la explotación económica normal de la obra, dando como consecuencia que nunca se llegue al tercer criterio. No obstante, incluir consideraciones y justificaciones distintas de las económicas dentro del segundo criterio supone que es posible que se produzcan usos que no entren en conflicto con lo que *debería* ser la explotación normal de la obra (en un sentido verdaderamente normativo), pero que no satisfagan el tercer criterio (véase más adelante).

Aunque lo expuesto en el párrafo anterior parece coherente, también hace que el segundo criterio del Artículo 9.2) tenga una aplicación más variable e incierta. Las palabras “explotación normal” no ofrecen orientación sobre la clase de consideraciones normativas distintas de las económicas que pueden ser pertinentes en este caso y la medida en que pueden limitar usos que de otro modo entrarían dentro del ámbito de explotación normal del titular del derecho de autor. Lograr un equilibrio entre estas posiciones es un asunto que se deja en manos de la legislación nacional. Tendrán que efectuarse juicios de valor, que variarán claramente según la sociedad y la cultura de que se trate. No obstante, al observar el primer criterio, estos fines distintos de los económicos tendrán que articularse clara y específicamente y compararse con el objetivo declarado de la Convención, que es la protección de los derechos de los autores. Esto indica que dichas justificaciones tendrán que tener un carácter evidente de interés público que vaya más allá de los intereses puramente individuales de los usuarios del derecho de autor. A este respecto, cabe afirmar que deberán tener una importancia similar a los ya aceptados como adecuados en virtud de otras disposiciones del Convenio de Berna, como el Artículo 10 y el 10*bis*.

“Ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”

En las actas de la Conferencia de Estocolmo se ofrecen pocas indicaciones sobre el sentido de esta condición, aparte de la observación que figura en el programa de la Conferencia de que existía “la dificultad considerable de hallar una fórmula capaz de salvaguardar los intereses legítimos del autor al tiempo que se concede un margen suficiente de libertad a la legislación nacional para satisfacer importantes necesidades sociales o culturales”⁶⁵. Además, se observó que la formulación propuesta en el programa “al parecer, ofrece una garantía a todos los intereses opuestos en cuestión.” Estas observaciones indican que el tercer criterio del Artículo 9.2) exige que se equilibren nuevamente los intereses, lo

⁶⁴ Actas 1967, Vol. I, p. 112 (Doc S/1).

⁶⁵ *Ibid*, Vol. I, p. 113 (Doc S/1, p. 43).

cual queda confirmado al considerar el sentido de las palabras fundamentales utilizadas en su formulación.

Así pues, en el contexto presente, los “intereses” en cuestión son los del “autor”, y no los del “titular de los derechos” como en el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Como los derechos de los autores que están protegidos en virtud del Convenio de Berna incluyen los derechos patrimoniales y de otro tipo (morales) en virtud del Artículo 6bis, está claro que el término “intereses” que figura en el Artículo 9.2) abarca los intereses pecuniarios y de otro tipo⁶⁶.

En cuanto al término “legítimo” según el diccionario tiene el sentido de “conforme a, sancionado o autorizado por, leyes o principios; lícito; justificable; apropiado”⁶⁷. Por este término se podría entender el carácter lícito en un sentido positivista, pero el Grupo Especial de la OMC observó asimismo que tiene la connotación de legitimidad desde una perspectiva más normativa⁶⁸. Por lo tanto, parece razonable concluir que, si bien la frase “intereses legítimos” abarca todos los intereses (patrimoniales y de otro tipo) de los autores que han de ser protegidos en virtud de las Actas de Estocolmo/París, no se trata de un concepto incondicional o absoluto: debe existir alguna justificación normativa en la que se basen esos intereses. Dicho de otro modo, existe una esfera “adecuada” de aplicación para los intereses de los autores que no ha de explotarse independientemente de otras consideraciones. Al parecer, esto trae de nuevo a colación la clase de mecanismo en aras del equilibrio que se aplica en virtud del segundo criterio del Artículo 9.2), aunque evidentemente el tercer criterio va más allá del examen de los intereses puramente patrimoniales del autor.

En cuanto a los otros términos utilizados en esta condición, “perjuicio” connota “daño, detrimento o lesión,” mientras que “injustificado” y “no injustificado” connotan el hecho de no ser “proporcionado” o “dentro de los límites de la razón, ni mucho menor ni mucho mayor de lo que podía considerarse probable o apropiado” o “de un monto o tamaño justo, promedio o considerable”⁶⁹. Obviamente, será más difícil demostrar el “perjuicio injustificado” que si se trata de probar únicamente que ha habido “perjuicio”⁷⁰. Por lo tanto, las palabras “[ni cause] un perjuicio injustificado” permiten establecer excepciones que puedan ocasionar un perjuicio importante o sustancial a los intereses legítimos del autor, siempre y cuando a) la excepción satisfaga de otro modo la primera y segunda condición estipuladas en el Artículo 9.2) y b) sea proporcionada o se halle dentro de los límites de lo razonable, es decir, no sea injustificada. El requisito de proporcionalidad supone evidentemente que pueden

⁶⁶ Nordemann *et al*(p. 109) señalan que la referencia al “autor” en el Artículo 9.2) siempre deberá interpretarse como “el autor y sus derechohabientes u otros titulares de derechos exclusivos de explotación” y prosigue afirmando: “el equilibrio de intereses que nos ocupa... guarda relación no solamente con los intereses personales del autor sino también con los intereses económicos que puedan estar representados por los titulares de derechos de autor.” No obstante, éste no sería necesariamente el caso del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC puesto que los derechos morales quedan expresamente excluidos del ámbito de dicho Acuerdo.

⁶⁷ *OED*, p. 2496.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *SOED*, p. 2496 (significado de “razonable”).

⁷⁰ *Actas 1967*, Vol II, p. 883 (observación del Profesor E. Ulmer, Presidente de la Comisión Principal I). Asimismo, en el mismo sentido se declara lo siguiente en la página 63 de la *Guía de la OMPI*: “...cada copia causa perjuicio: una simple fotocopia puede sustituir al ejemplar de una revista, el cual queda así invendido y si el autor, en virtud de su artículo, está asociado a los beneficios de la edición perderá los ingresos que le habrían correspondido por ese ejemplar”.

existir condiciones sobre el uso que hagan que el perjuicio ocasionado esté “justificado”, por ejemplo, cuando esos intereses estén protegidos mediante el requisito de que el uso deberá efectuarse sujeto a ciertas condiciones o directrices, que dicho uso deberá atribuirse (cuando en caso contrario se produzca un perjuicio injustificado a los derechos morales de un autor) o incluso que deberá efectuarse un pago al respecto⁷¹.

Por consiguiente, está claro que las excepciones en virtud del Artículo 9.2) pueden tomar la forma de libre utilización o de licencias obligatorias, dependiendo fundamentalmente del número de reproducciones efectuadas⁷².

Contribuciones aportadas a la realización de una obra cinematográfica

A fin de que nuestro estudio sea completo, debemos hacer referencia al Artículo 14*bis*.2)b), que tiene un funcionamiento limitado en relación con los Estados miembros del Convenio de Berna en cuya legislación se reconoce entre los titulares del derecho de autor sobre una obra cinematográfica “a los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra”. En este caso, dichos autores no podrán, “salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos, de la obra cinematográfica.” Las categorías de autores afectados por esta disposición están muy limitadas en potencia, habida cuenta de que el Artículo 14*bis*.3) prevé que, a menos que la legislación nacional no disponga otra cosa, entre estas personas no figuran los autores de los diálogos y obras musicales creados para la realización de la obra cinematográfica, ni el realizador principal de ésta. No obstante, en caso de que dichas categorías de autores estén reconocidas en virtud de una legislación nacional dada, deberá aplicarse la excepción contenida en el Artículo 14*bis*.2)b), salvo que se disponga otra cosa en esa legislación. El objetivo del Artículo 14*bis*.2)b) está bastante claro: facilitar la explotación de la obra cinematográfica en su conjunto y garantizar que no esté limitada o restringida por las oposiciones de coautores cuya contribución a la obra general puede

⁷¹ Esta última posibilidad recibe el apoyo específico de los comentarios contenidos en el Informe de la Comisión Principal I, en relación con el ejemplo siguiente, ofrecido por el Profesor Ulmer, el Presidente de esa Comisión, en el curso de los debates: “...un gran número de copias destinadas a utilizarse en proyectos industriales... es posible que no perjudique de manera injustificada los intereses legítimos del autor, siempre y cuando se pague una remuneración equitativa con arreglo a la legislación nacional. Si se trata de un pequeño número de copias es posible que no haga falta pagar nada, especialmente si son de uso individual o científico”. *Actas* 1967, Vol. II, pp. 1145-1146. Los comentarios del Profesor Ulmer aparecen en la página 883 (traducción de la Oficina Internacional).

⁷² En el mismo sentido, véase Nordemann *et al* p. 109: “En general, consideramos que siempre han sido invadidos de manera injustificada los intereses del autor cuando este último puede demostrar que existe un interés razonable por que este tipo de explotación deba permanecer reservada para él o que únicamente deba permitirse tras el pago de la regalía adecuada.” (Traducción de la Oficina Internacional). No obstante, esta “interpolación” ha sido fuertemente criticada por los comentaristas franceses, Desbois *et al*, que la consideran injustificada porque la demarcación existente entre las dos clases de disposición (libre utilización o licencia obligatoria) siempre será difícil de establecer en la práctica y, por lo tanto, las opciones adecuadas deberían ser simplemente la autorización y la prohibición. Así pues, Desbois *et al*, p. 207, afirman lo siguiente: “A la vérité, l’introduction de la licence obligatoire procède d’une interpolation, car la formule de l’art. 9, al. 2 n’en fait pas état. Le choix paraît devoir être restreint à la permission ou à l’interdiction”.

considerarse de menor importancia. Es interesante señalar que en un estudio de la Oficina Internacional de la OMPI se sugirió que se trataba de una limitación o excepción a la protección que, “de aplicarse correctamente”, no entraría en conflicto con la explotación normal de la obra u ocasionaría un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos⁷³. No obstante, ninguno de estos criterios están incluidos en el Artículo 14*bis*.2)b) como tales, pues dicho Artículo no prevé condiciones o restricciones a la hora de efectuar esta excepción. Más adelante se considera si resultan pertinentes a los fines de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC.

c) Licencias obligatorias permitidas en virtud del Convenio de Berna.

Ya se ha sugerido que varias de las excepciones previstas en el Acta de París del Convenio de Berna permiten a los Estados miembros imponer licencias obligatorias en determinadas circunstancias. No obstante, también resulta pertinente observar que existen varias disposiciones del Convenio que reconocen específicamente este hecho. Estas disposiciones se aplican a la grabación de obras musicales y respecto de los derechos exclusivos reconocidos en virtud del Artículo 11*bis*.

Licencias obligatorias respecto de la grabación de obras musicales

Esto está previsto de la manera siguiente en el Artículo 13.1):

“1) Cada país de la Unión, podrá, por lo que le concierne, establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho exclusivo del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente”.

Esta disposición fue introducida hace mucho tiempo en la Revisión de Berlín de 1908 y refleja el compromiso práctico que ya surgía a escala nacional entre los titulares de derechos de autor sobre obras musicales (principalmente los editores) y la industria fonográfica de reciente aparición. Aunque en el Acta de Berlín se reconocía que el derecho de los autores se extendía a la reproducción mecánica de sus obras, se permitía a las legislaciones nacionales introducir licencias obligatorias en favor de la industria fonográfica, garantizándole el acceso a material que hasta ese momento había podido utilizar gratuitamente. En su forma presente, el Artículo 13.1) no menciona expresamente las “licencias obligatorias”, pero la referencia a las “reservas y condiciones” sobre el derecho exclusivo de grabación del autor y la posterior referencia de que éste no debe “atentar al derecho que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa” indican que las licencias obligatorias están claramente contempladas dentro del ámbito de la disposición.

⁷³ “The Implications of the TRIPS Agreement on Treaties administered by WIPO”, publicado en [1996] *Industrial Property and Copyright* 164, 171.

En cuanto a la interpretación del Artículo 13.1), cabe efectuar los comentarios siguientes.

1. Todavía funciona como derogación permisible del derecho general de reproducción otorgado en virtud del Artículo 9.1). En consecuencia, ningún miembro de la Unión tiene la obligación de imponer reservas o condiciones sobre el ejercicio de ese derecho respecto de la grabación sonora de obras musicales y de las letras que les acompañen.
2. Las reservas y condiciones únicamente podrán aplicarse respecto de la grabación sonora de obras musicales y de las letras que les acompañen.
3. Las reservas y condiciones únicamente podrán imponerse si la grabación de la obra musical y de las letras que la acompañan ya ha sido autorizada por el autor. Esto otorga al autor la prerrogativa de decidir cuándo ocurrirá la primera explotación mecánica de su obra y únicamente podrán imponerse las reservas y condiciones después de que se dé esta circunstancia. En lo fundamental, esta disposición preserva el derecho de divulgación del autor, uno de los derechos morales básicos que no está reconocido expresamente en el Convenio.
4. En cualquier caso, las reservas y condiciones autorizadas por el Artículo 13.1) no se aplican a la grabación de las letras únicamente: éstas deben acompañar a la obra musical, como en el caso de una canción, ópera, oratorio, etc.
5. Las reservas y condiciones que se aplican únicamente podrán tener efecto en el país que las ha impuesto. De esta cuestión también se ocupa el Artículo 13.3), que prevé que:

“3) Las grabaciones hechas en virtud de los párrafos 1)... del presente Artículo e importadas, sin autorización de las partes interesadas, en un país en que estas grabaciones no sean lícitas, podrán ser decomisadas en este país”.

En consecuencia, la inmunidad que se aplica a las grabaciones que hayan sido efectuadas legalmente en virtud del Artículo 13.1) se aplica únicamente en el país en el que se lleven a cabo, y carecerá de “carácter legítimo” cuando se exporten a otros países de la Unión sin el consentimiento del titular del derecho de autor sobre esas obras en esos países. En esos casos, el país B estará habilitado para considerar que dichas grabaciones no son lícitas y no tendrá ningún efecto el hecho de que hayan sido llevadas a cabo legalmente en el país A. Se observará que el párrafo 3) no exige al país B que considere esas grabaciones como copias ilícitas: determinar esa cuestión corresponde a la legislación de ese país. Además, si se consideran copias ilícitas, no está prescrita la manera en que han de ser decomisadas ni por quién. Las palabras “podrán ser decomisadas” implican únicamente que deberá estar presente el mecanismo destinado a tal efecto, mientras que incumbe a la legislación nacional determinar la manera en que se lleve a cabo el decomiso.

6. En caso de que un país imponga reservas y condiciones en virtud del Artículo 13.1), éstas no deben “atentar al derecho que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente”. Como ya se ha indicado, normalmente por esto se entiende que las condiciones y reservas que sean

impuestas adoptarán la forma de licencias obligatorias⁷⁴. Esto tiene como efecto indudablemente excluir las disposiciones que permitan la grabación gratuita de las obras o que permitan efectuar esa grabación sin que exista una remuneración equitativa.

7. No se ofrece orientación sobre el sentido de la expresión “remuneración equitativa”. Aunque en primera instancia incumbe a las partes negociar esta cantidad entre ellas, la adopción de ese tipo de disposición con arreglo a la legislación nacional debilita inevitablemente la posición negociadora del autor. Por este motivo, es fundamental el papel que desempeña la autoridad competente, pues tendrá que efectuar un juicio hipotético respecto de la cantidad que tendría que haber sido negociada en caso de que no hubiera una licencia obligatoria. En último término, corresponderá a la legislación nacional determinar esta cuestión.

Licencias obligatorias respecto de la radiodifusión de las obras

Desde el comienzo, muchos gobiernos han manifestado enorme interés por la radiodifusión debido a su poderosa función informativa, educativa y de entretenimiento. Así pues, el Artículo 11*bis*.2) prevé la posibilidad de establecer licencias obligatorias:

“2) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente”.

Los “derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior” son los que figuran en el Artículo 11*bis*.1). Se verá que el Artículo 11*bis*.2) comparte varias características comunes con el Artículo 13.1).

1. No existe ninguna obligación convencional para los Miembros de la Unión de imponer “condiciones” sobre el ejercicio de los derechos reconocidos en virtud del Artículo 11*bis*.1). Corresponde a la legislación nacional determinar esta cuestión.

2. La fórmula adoptada en el Artículo 11*bis*.2) es distinta de la del Artículo 13.1), ya que la primera hace referencia únicamente a que la legislación nacional determinará las “condiciones” para el ejercicio de los derechos a que hace referencia el párrafo 1). En cambio, el Artículo 13.1) hace referencia a la imposición de “reservas y condiciones”, lo cual implica que en determinadas circunstancias la legislación nacional puede cancelar completamente la protección. Al parecer, esto no sería posible en virtud del Artículo 11*bis*.2), puesto que la facultad de imponer “condiciones” sobre el ejercicio de los derechos no trae consigo el poder de cancelar o limitar esos derechos. No obstante, la diferencia existente entre las dos formulaciones es más bien de tipo semántico, puesto que ambos párrafos contienen el requisito de que, independientemente de las acciones que se lleven a cabo de

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Nordemann *et al*, p. 102. No obstante, cabe mencionar la afirmación un tanto distinta de Marcel Plaisant, el Relator de la Conferencia de Bruselas en *Documentos* 1948, p. 103, quien afirma que esta redacción no se halla en concordancia con la noción de licencias obligatorias: examinado en Ricketson...

conformidad con ellos, no deberán atentar al derecho del autor a obtener una remuneración equitativa. Por lo tanto, únicamente podrá denegarse la protección en virtud del Artículo 13.1) cuando se haya considerado que no se trata de un uso por el que el autor podría haber obtenido una remuneración equitativa en primer lugar.

3. Normalmente, se considera que la referencia efectuada a las “condiciones” en el Artículo 11*bis*.2) guarda relación con la imposición de licencias obligatorias, pero corresponde a la legislación nacional determinar la forma de esas licencias. Por ejemplo, esas licencias podrán aplicarse únicamente en determinadas situaciones, dejando en manos de los autores el control exclusivo del ejercicio de sus derechos en todos los demás casos. Además, de las actas de la Conferencia de Bruselas (en la que se adoptó el Artículo 11*bis*.2)) parece desprenderse que la palabra “condiciones” puede extenderse asimismo a la libre utilización: el requisito fundamental en cada caso es que, independientemente de lo que se permita en virtud de ese párrafo, esto “no debe” “en ningún caso atentar al derecho que le corresponda [al autor] para obtener una remuneración equitativa”⁷⁵.

4. Teniendo en cuenta la redacción del Artículo 11*bis*.1), el Artículo 11*bis*.2) se aplica a todas las obras protegidas por el Convenio, incluidas las obras cinematográficas.

5. Las condiciones impuestas de conformidad con el Artículo 11*bis*.2) únicamente podrán aplicarse en el país que las imponga. Dicho de otro modo, un organismo de radiodifusión únicamente podrá reivindicar los beneficios de una licencia obligatoria dentro de los límites territoriales del Estado miembro cuya legislación lo autorice; en cualquier otro Estado miembro cuya legislación no contenga dichas disposiciones, el organismo de radiodifusión estará obligado a solicitar la autorización del autor de la obra para efectuar una emisión en ese país. En este caso surge la difícil cuestión de determinar dónde se efectúa realmente la emisión, cuestión que está fuera del ámbito del presente documento.

⁷⁵ De este modo, Marcel Plaisant, el Relator General de la Conferencia afirmó lo siguiente: “de conformidad con una observación efectuada por el Sr. Pilotti, Presidente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, y sobre la base de una sólida interpretación jurídica, el párrafo 1) con sus tres puntos independientes, es inseparable del párrafo 2), que atribuye a la legislación nacional la facultad de establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1). Como han observado las Delegaciones Nórdica y Húngara estas condiciones pueden guardar relación con excepciones gratuitas establecidas con fines religiosos, patrióticos o culturales. Estas posibles excepciones se sitúan en un marco bastante amplio; bajo ninguna circunstancia pueden atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponde para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente. Interpretando el apasionado debate que tuvo lugar en la Comisión, nos atrevemos a decir que en términos generales cada país podrá tomar las medidas que considere adecuadas para evitar todo tipo posible de abusos, pues en definitiva la función del Estado es servir de árbitro para evitar los excesos de cualquier parte.” *Documentos* 1948, 101. El texto original ha sido tomado del documento elaborado por la OMPI en su volumen centenario de 1986: *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986* (1986), 181. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional). El Grupo Especial de la OMC pasó por la posibilidad de la libre utilización derivada del Artículo 11*bis*.2) en su decisión sobre la exención de uso hogareño, que se ocupaba de ese párrafo únicamente en relación con las licencias obligatorias, por lo que la utilización gratuita seguía correspondiendo a la doctrina de las reservas menores: véanse otras decisiones del Grupo Especial ([6.87] - [6.88]). Debo a mi colega, el Dr. David Brennan, el haberme llamado la atención sobre este fragmento del informe del Sr. Plaisant.

6. Las condiciones impuestas en virtud del Artículo 11*bis*.2) no deben “en ningún caso atentar al derecho moral del autor”. Esta estipulación puede parecer superflua, habida cuenta de la opinión generalmente aceptada de que se trata de una limitación implícita que se aplica en el caso de las restricciones a los derechos del autor que estén autorizadas por el Convenio⁷⁶. ¿Cuál es el sentido de la expresión “derecho moral” en este caso? La respuesta obvia es que hace referencia a los derechos morales específicos que los Estados miembros están obligados a proteger en virtud del Artículo 6*bis*.1), es decir, los de atribución y respeto. No obstante, muchas legislaciones nacionales protegen otros derechos morales, en particular, el de difusión o divulgación⁷⁷. En consecuencia, se ha argumentado que este derecho está incluido en la expresión “derecho moral” del Artículo 11*bis*.2), con el resultado de que esta disposición incorpora una condición previa similar al ejercicio de una licencia obligatoria a la del Artículo 13.1), a saber, que la obra del autor debe haber sido divulgada en primer lugar al público⁷⁸. No obstante, aunque esta interpretación resulta conveniente en principio, no puede mantenerse tras la lectura de las disposiciones pertinentes: no puede obligarse a los Estados miembros de la Unión, en virtud del Artículo 11*bis*.1), a que otorguen protección sobre un derecho moral que no están obligados a proteger por otra parte en virtud del Artículo 6*bis*. Así pues, un Estado miembro de la Unión es libre de determinar en su legislación nacional que podrá aplicarse una licencia obligatoria o la utilización gratuita respecto de la radiodifusión de una obra que aún no haya sido divulgada al público.

Grabaciones efímeras de obras radiodifundidas

El Artículo 11*bis*.3) permite a las legislaciones nacionales efectuar excepciones cuando se produzcan grabaciones efímeras o transitorias de obras a los fines de ejercer uno de los derechos que figuran en el Artículo 11*bis*.1). El Artículo 11*bis*.3) prevé lo siguiente:

“3) Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo no comprenderá la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación.”

En la primera frase del párrafo se distinguen claramente los actos de radiodifusión y de grabación, estipulando que la autorización para llevar a cabo el primero de ellos no conlleva automáticamente la autorización para llevar a cabo el segundo. En la práctica, puede darse el caso de que la realización de dichas grabaciones por los organismos de radiodifusión esté amparada por acuerdos generales concertados con las organizaciones de autores pertinentes.

⁷⁶ Véase asimismo el Informe de la Comisión Principal I sobre este punto: *ibid*, 1165. Esta cuestión puede tener interés actualmente en relación con el Acuerdo sobre los ADPIC: véase más adelante.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, la Ley FRG de 1965, Artículos 12, 42 y 46; la antigua Ley Francesa de 1957, Artículos 19 y 32.

⁷⁸ Véase Desbois *et al*, 190.

No obstante, en caso de que no exista dicha autorización, no ha de suponerse que existe la autorización para efectuar la grabación a partir de una mera autorización para emitir⁷⁹.

En virtud de la segunda y tercera frase del Artículo 11*bis*.3), los Estados miembros conservan el poder de variar la posición anterior con fines específicos. Así pues, incumbe a la legislación nacional “establecer el régimen de las *grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones*” (se han añadido las cursivas). Esto no está sujeto a ningún requisito de pago o remuneración equitativa (aunque los Estados miembros puedan legislar a tal efecto). Asimismo, excluye las grabaciones efectuadas por un agente o un organismo exterior. Por último, se observará que queda estrictamente limitada la conservación de dichas grabaciones con fines de archivo: las grabaciones deberán tener un “excepcional carácter de documentación” y la conservación deberá efectuarse en “archivos oficiales”.

Licencias obligatorias en relación con los países en desarrollo

En el Apéndice del Acta de París figura una serie de licencias obligatorias respecto de la traducción y reproducción de obras protegidas en virtud del Convenio a las que podrán recurrir bajo determinadas condiciones limitadas los países en desarrollo, especialmente con fines educativos y de desarrollo. Una explicación detallada de estas licencias queda fuera del ámbito del presente estudio, aunque merece la pena señalar que tuvo lugar un proceso complejo y polémico antes de que se añadieran al Acta del Convenio de París y que las presentes disposiciones del Apéndice representan un arduo compromiso contraído por los países en desarrollo y los países desarrollados⁸⁰.

d) Excepciones implícitas en virtud del Convenio

Además de las excepciones explícitas que figuran en el Convenio y que han sido examinadas anteriormente, existen varias excepciones que han de sobreentenderse y que, con arreglo a las intenciones de las sucesivas conferencias de revisión, no entrarán en conflicto con el Convenio si están incorporadas en la legislación nacional de los Estados miembros. Estas excepciones entran dentro de dos categorías principales: las relativas a los derechos de representación o ejecución, recitación, redifusión, grabación y cinematográficos, y las relativas a las traducciones.

Excepciones implícitas respecto de los derechos de representación o ejecución, recitación, radiodifusión, grabación y cinematográficos (“reservas menores”)

La cuestión de las excepciones implícitas en el Convenio surgió en primer lugar en el contexto de los derechos de representación o ejecución pública, que fueron reconocidos por primera vez en el Artículo 11.1) del Acta de Bruselas de 1948. Anteriormente, los Estados miembros tenían la facultad de imponer todo tipo de restricciones sobre el ejercicio de esos derechos o incluso de cancelarlos por completo. De hecho, la mayoría de las legislaciones nacionales que reconocían los derechos de representación o ejecución tenían disposiciones

⁷⁹ Masouyé, 71.

⁸⁰ Véase en general Ricketson, capítulo 11.

que permitían la representación o ejecución pública no autorizada de obras en circunstancias particulares, y en 1933 la Oficina Internacional de la Unión de Berna (antecesora de la OMPI) ofreció la lista siguiente de casos típicos: “interpretaciones o ejecuciones de obras musicales en el curso de actos religiosos, conciertos ofrecidos por bandas militares, representaciones con fines caritativos, conciertos públicos organizados con motivo de festividades o celebraciones especiales”⁸¹. ¿Siguen estando autorizadas estas excepciones en virtud del nuevo Artículo 11.1) del Acta de Bruselas? O ¿exigen actualmente una autorización expresa en virtud del Convenio? En la labor preparatoria para la Conferencia de Bruselas, el Gobierno de Bélgica y la Oficina Internacional opinaban que sería imposible enumerar en el Convenio todas estas excepciones de manera exhaustiva puesto que eran demasiado variadas⁸². Por otra parte, no sería posible exigir su supresión, puesto que la mayoría se basaban en excepciones muy antiguas a las que no desearían renunciar los Estados miembros⁸³. La otra posibilidad era introducir una disposición general en el Convenio en virtud de la cual los Estados miembros estarían autorizados a conservar las limitaciones existentes en sus legislaciones nacionales, pero se temía que la adopción de dicha disposición general “[alentaría] positivamente” a las naciones que hasta entonces no lo hubieran hecho a reconocer dichas excepciones e incorporarlas en sus legislaciones⁸⁴. Por este motivo, en el programa de Bruselas no se propuso ninguna disposición relativa a las excepciones al nuevo derecho de representación o ejecución pública, opinión que prevaleció en la Conferencia. No obstante, el subcomité de la Conferencia sobre los Artículo 11 y 11ter recomendó que se abordara esta cuestión en el Informe General⁸⁵, y por lo tanto se incluyó la siguiente declaración en el informe de Marcel Plaisant, el Relator General de la Conferencia:

“Se ha encomendado a vuestro Relator General que hiciera una mención expresa de la posibilidad con que cuentan las legislaciones nacionales de establecer lo que comúnmente se denomina reservas menores. Los Delegados de Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia, el Delegado de Suiza, y el Delegado de Hungría han mencionado estas excepciones limitadas que se permiten para ceremonias religiosas, bandas militares y las necesidades de la enseñanza de niños y adultos. Tales medidas excepcionales se aplican a los Artículos 11bis, 11ter, 13 y 14. Comprenderán ustedes que estas referencias sólo se esbozan aquí escuetamente a fin de no perjudicar los principios del derecho⁸⁶”.

Aunque existen evidentes dificultades a la hora de traducir al inglés este fragmento del original francés de manera que resulte completamente inteligible, cabe utilizar como complemento las Actas de la Comisión General de la Conferencia. En éstas se señala lo siguiente:

“La mayoría de delegados manifestó el temor de que la situación jurídica no cambia sustancialmente mediante la sustitución de un derecho exclusivo y convencional

⁸¹ [1933] DA 112, 114.

⁸² *Documentos* 1948, 255.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Documentos* 1948, 255. En 1933 un congreso de la CISAC rechazó unánimemente una propuesta a tal efecto: mencionada en el programa: *ibíd.* Véase asimismo [1933] DA 112, 114.

⁸⁵ *Ibíd.* 128.

⁸⁶ *Ibíd.*, 100. La traducción al inglés del texto original en francés ha sido extraída de la traducción efectuada por la OMPI en su volumen centenario de 1986: *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986* (1986), 181.

por la disposición del texto de Roma en virtud del cual se da el mismo trato a los miembros de la Unión que a los nacionales.

“Para obtener dicho resultado, basta que la Conferencia permita que este derecho exclusivo no sea incompatible con determinadas excepciones previstas por las legislaciones nacionales, excepciones ya permitidas en virtud del régimen de Roma, con fines religiosos, culturales o patrióticos. La Conferencia se ha declarado a favor de esta medida, de conformidad con varias propuestas gubernamentales. La Delegación de Suecia, en particular, ha expresado la opinión de que dichas excepciones deberían extenderse a los Artículos 11*bis*, 13 y 14, así como a los Artículos 11 y 11*ter* y ha solicitado, en nombre de los Gobiernos nórdicos, que se inserte esta observación en el Informe General.

“A propuesta del Relator del Subcomité, Sr. Walkiers, la Conferencia ha observado no obstante que estas limitaciones deberán tener carácter restringido y que, en particular, no basta con que la interpretación o ejecución, representación o recitación sea “sin ánimo de lucro” para escapar al derecho exclusivo del autor. En cuanto a la cuestión de la manera en que debe interpretarse el texto del Convenio, la Conferencia es de la opinión de que esta cuestión debería mencionarse en el Informe General, teniendo en cuenta la opinión expresada, en particular, por la Delegación de Suecia”⁸⁷.

Estas Actas facilitan un contexto claro para entender los comentarios más resumidos del Sr. Plaisant. En particular, indican el origen de la posterior referencia a los Artículos 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14, que se derivaba del temor de los Países Nórdicos de que las propuestas de sus anteproyectos de ley que se hallaban en curso de preparación no estuvieran en conflicto con el Convenio en caso de que permitieran la interpretación o ejecución o la radiodifusión gratuita de obras con fines tales como el culto o la educación religiosa⁸⁸. La Conferencia acordó claramente que dichas excepciones fueran autorizadas respecto de esos otros Artículos⁸⁹. Asimismo, las Actas permiten ampliar la última frase de la declaración del Sr. Plaisant en la medida en que subrayan el carácter restringido o *de minimis* de los usos que estaba previsto que estuvieran autorizados. En particular, se indica que el hecho de que el uso se realice sin ánimo de lucro no deberá ser razón suficiente para considerarlo como excepción.

En la labor preparatoria de la Conferencia de Estocolmo no se plantearon problemas sobre la interpretación anterior y los delegados no presentaron ninguna propuesta al respecto. No obstante, en una de las últimas reuniones de la Comisión Principal I, el Delegado de Suecia, haciendo uso de la palabra en nombre de los Países Nórdicos, propuso que el Relator de la Comisión insertara en el Informe General una frase en la que se declarara que seguía siendo válida la posibilidad contemplada en el Informe General de la Conferencia de Bruselas de efectuar reservas menores⁹⁰. Esto se efectuó en la manera prevista en el Informe de Estocolmo, que suscribió las observaciones del Sr. Plaisant, declarando además:

“210. No parece haber sido el propósito de la Comisión impedir que los Estados mantuviesen en su legislación nacional disposiciones basadas en la declaración incluida en el Informe general de la Conferencia de Bruselas. En consecuencia, parece necesario aplicar a

⁸⁷ *Ibid*, 263-264.

⁸⁸ *Ibid*, 258.

⁸⁹ *Ibid*, 263-264.

⁹⁰ *Actas* 1967, 924 (Actas de la Comisión Principal I).

esas “reservas menores” el principio conservado para las excepciones al derecho de traducción, como se indica en relación con el Artículo 8 (véase el párrafo 205).”⁹¹

La segunda frase hace referencia a la segunda categoría de excepciones implícitas que se aplica en el caso de usos de traducciones de obras (véase más adelante). Aunque este último caso implica consideraciones más bien distintas de las que se aplican en el caso de las reservas menores a los Artículos 11, 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14, en el presente contexto el principio pertinente es que, “en el ámbito de los principios generales,” un comentario sobre el debate [de la Comisión Principal I] no podría dar lugar a una modificación o extensión de las disposiciones del Convenio...”⁹²

No obstante, dado que estas declaraciones aparecen en los informes oficiales de las Conferencias de Bruselas y de Estocolmo, es posible hacer referencia a ellas como parte del “contexto” del Convenio de Berna, a los fines de interpretar los Artículos 11, 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14. Así pues, cabe considerarlas como un “acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado”; en virtud del Artículo 31.2.a) del *Convenio de Viena*. Más recientemente, el ámbito de las reservas menores implícitas ha sido objeto de consideración por el Grupo Especial de la OMC al aplicar “la exención de uso hogareño” en el marco del cumplimiento del Acuerdo sobre los ADPIC, sobre el que el Grupo Especial ha resuelto que cualquier reserva menor a esos derechos formulada en virtud de la legislación nacional debe cumplir con la prueba del criterio triple. Esta cuestión se vuelve a examinar más adelante, pero a los fines del presente trabajo el Acuerdo sobre los ADPIC no resulta pertinente para interpretar la doctrina de las reservas menores puesto que se aplica a un acuerdo posterior entre las partes sujetas al Convenio de Berna. A este respecto, cabe efectuar las siguientes observaciones:

1. Fundamentalmente, las declaraciones del Sr. Plaisant, suscritas por la Comisión Principal I en Estocolmo, se basan en el principio de interpretación *de minimis*, a saber, que el Derecho no se ocupa de minucias. En el contexto presente, esto significa que las excepciones a los derechos otorgados en los artículos pertinentes del Convenio deben guardar relación con usos que tienen una importancia mínima o nula para el autor. Como expuso con gran colorido el Sr. Plaisant, “estas referencias sólo se esbozan aquí escuetamente a fin de no perjudicar los principios del derecho.” Igualmente, resulta pertinente mencionar la declaración de la Comisión Principal I de que dichas reservas no pueden dar lugar a modificaciones sobre extensiones de las disposiciones del Convenio. Por definición, cualquier excepción que tenga un efecto más que imperceptible en la aplicación de un derecho que ha de estar protegido por el Convenio deberá ser objeto de una disposición explícita: como mínimo, en dicha disposición se indicará el objeto del uso exento y los límites o condiciones autorizados en los que puede tener lugar, incluida la posibilidad de remuneración.

2. El hecho de que ambas Conferencias rechazaran la opción de insertar en el Convenio una disposición específica que se ocupara de las reservas menores confirma asimismo que únicamente son aceptables cuando tienen carácter *de minimis*. Si se hubiera introducido una disposición expresa en el Convenio, habría sido mucho más fácil para los Estados miembros afirmar que el Convenio reconoce su derecho a efectuar tales excepciones y que, por lo tanto, están habilitados para adoptar excepciones que van más allá de las puras excepciones *de*

⁹¹ *Ibíd.* 1166.

⁹² *Ibíd.* 1156.

minimis, por ejemplo, las debidas a un interés público concreto que justifique la limitación a los derechos de los autores en esas circunstancias.

3. La doctrina de las reservas menores, confirmada por la Conferencia de Estocolmo, precede a la adopción del Artículo 9.2) y a la prueba del criterio triple. En consecuencia, carece de fundamento afirmar que los delegados tenían esta prueba en mente en el momento en que dicha doctrina fue enunciada y confirmada en ambas Conferencias. Este hecho resulta significativo en cuanto a la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC (véase más adelante).

4. Cabe asumir que las excepciones que existían en la legislación nacional en el momento de la adhesión de los países a las Actas de Bruselas o de Estocolmo, de hecho, entraba dentro del ámbito de esas excepciones *de minimis*; ciertamente, éste parece haber sido el entendimiento tácito de los delegados en ambas Conferencias de Revisión. Por otra parte, es necesario recordar que en virtud del Artículo 36.2) del Convenio, todo país está obligado en el momento en que quede obligado por el Convenio a “[estar en condiciones], conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del mismo”. Por esto se entiende que todo país ha de velar por que las excepciones existentes actualmente en su legislación sean realmente *de minimis*, circunstancia que no debe suponer que se da automáticamente.

5. Los ejemplos de usos autorizados por medio de reservas menores que se ofrecen en las actas de las Conferencias de Bruselas y de Estocolmo no constituyen en ninguna manera una lista exhaustiva o determinante de las excepciones particulares que pueden resultar justificadas dentro de este apartado. Por otra parte, se sugiere que no debería ser posible proponer una justificación en aras del interés público para una reserva menor que exceda el uso *de minimis*. Si existen ese tipo de justificaciones para una excepción más amplia, tienen que estar sujetas a una disposición específica que se halle en concordancia con las que ya figuren en los Artículos 2*bis*.2), 9.2), 10 y 10*bis*. Por lo tanto, no podrá justificarse como reserva menor una excepción en el caso de todas las interpretaciones o ejecuciones de bandas militares, fueren las que fueren, aunque es posible que exista alguna justificación más amplia de tipo cultural o patriótico en la que pueda basarse.

Excepciones implícitas respecto de los derechos de traducción

La mayoría de las excepciones previstas en el Convenio guardan relación con el derecho de reproducción, por ejemplo, los Artículos 9.2), 10 y 10*bis*, aunque algunas de estas disposiciones también guardan relación con otros derechos como el de radiodifusión y el de interpretación o ejecución pública (véase el examen precedente de las “reservas menores”). No obstante, no existen limitaciones o excepciones explícitas previstas en el caso del derecho de traducción que figura en el Artículo 8. Aparentemente, esta omisión impone severas restricciones a las personas que deseen utilizar obras literarias y dramáticas protegidas en virtud del Convenio cuando esas obras figuran en otros idiomas. Aunque el Convenio prevé la reproducción, en circunstancias especiales y con determinados fines, de dichas obras en su idioma original, no se dispone explícitamente que estas excepciones sean aplicables cuando se realicen traducciones de esas obras en la misma situación. Esto parece ilógico, puesto que las reproducciones de obras en su idioma original tendrán poca utilidad para las personas que no hablan o entienden ese idioma. Además, como las excepciones del Convenio de Berna guardan relación con limitaciones autorizadas a la protección de obras *extranjeras*, es razonable prever que algunas de esas obras estén expresadas en un idioma distinto al del país de acogida. Existen dos posibles argumentaciones a fin de evitar este resultado, al menos en lo que concierne a las excepciones al derecho de reproducción:

1. Cabe argumentar que las traducciones son una especie de reproducción y que, por lo tanto, quedan automáticamente contempladas en las excepciones al derecho de reproducción. Dicho de otro modo, el Artículo 8 es simplemente una aplicación particular del derecho más amplio otorgado en virtud del Artículo 9 y, en consecuencia, las excepciones a este último deben aplicarse al primero. Se trata de una cuestión sobre la que difieren las legislaciones nacionales, pero en lo que concierne al Convenio en sí cabe afirmar que sus disposiciones no resultan concluyentes en cuanto a la relación exacta existente entre las reproducciones y las traducciones⁹³.

2. Por otra parte, si esos dos derechos han de tratarse como derechos distintos, cabe afirmar que para aplicar efectivamente el Convenio resulta imperativo suponer que es posible establecer excepciones paralelas en relación con la elaboración de traducciones. En caso contrario, se limitarían los efectos de las excepciones autorizadas por el Convenio respecto de los derechos de reproducción, dando lugar a un resultado absurdo que no podía haber sido la intención de quienes redactaron el Convenio y sus Actas revisadas. Cabe afirmar que dicho resultado también entraría en conflicto con la naturaleza fundamental de la Unión de Berna, en calidad de Unión Internacional de Estados que proceden de ámbitos lingüísticos muy diferentes.

Estos argumentos opuestos dejan a un lado la cuestión de si han de existir las correspondientes excepciones implícitas respecto de otros usos de las traducciones, como en el caso de las interpretaciones o ejecuciones o emisiones, aunque sería fácil recurrir a la segunda argumentación expuesta anteriormente a fin de respaldar dicha conclusión. Sin embargo, la cuestión de ese tipo de excepciones no fue abordada directamente hasta la Conferencia de Estocolmo, en la que se examinaron varias propuestas y hubo considerables diferencias entre los delegados, en cuanto a la posibilidad de que existan excepciones para las traducciones en virtud de los Artículos 11*bis* y 13. Finalmente, no se introdujo ninguna disposición que se ocupe expresamente de las traducciones en el Acta de Estocolmo, pero se incluyó la siguiente declaración en el Informe de la Comisión Principal I. Como se verá, esto revela la unanimidad existente entre los delegados respecto de determinadas clases de usos (reproducciones y traducciones), y la inexistencia de consenso respecto de otros (emisiones, etc. de traducciones de obras protegidas). La Comisión declaró lo siguiente:

“205. En cuanto al derecho de traducción en los casos en que, con arreglo a las disposiciones del Convenio, puede utilizarse lícitamente una obra sin el consentimiento del autor, tuvo lugar una animada discusión en la Comisión que dio lugar a ciertas declaraciones sobre los principios generales de interpretación. Aunque se convino generalmente en que los Artículos 2*bis*.2), 9.2), 10.1) y 2), y 10*bis*1) y 2) implican virtualmente la posibilidad de utilizar la obra no solamente en la forma original sino también en la traducción sujeta a las mismas condiciones, en particular la de que el uso está en conformidad con los usos honrados y que, como en el caso de todos los usos de la obra, se reservan igualmente los derechos otorgados al autor en virtud del Artículo 6*bis* (derechos morales), se manifestaron distintas opiniones sobre los usos legítimos previstos en los Artículos 11*bis* y 13. Algunas delegaciones consideraron que esos Artículos también se aplican a las obras traducidas, siempre y cuando se satisfagan las condiciones mencionadas anteriormente. Otras delegaciones, incluidas las de Bélgica, Francia e Italia, consideraron que la redacción de esos Artículos en el Texto de Estocolmo no permite interpretar que la posibilidad de utilizar una obra sin el

⁹³ Véase además Ricketson, párr. 8.35—.36.

consentimiento del autor también incluye, en esos casos, la posibilidad de traducirla. A este respecto, las mencionadas delegaciones señalaron en el ámbito de los principios generales que un comentario sobre el debate no podría dar lugar a una modificación o extensión de las disposiciones del Convenio (véase asimismo el párrafo 210 en relación con las denominadas “reservas menores” a los Artículos 11, 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14)”⁹⁴.

Como se hace hincapié en esa última frase, este pasaje no puede tener como efecto la modificación o extensión de las disposiciones del Convenio. Únicamente puede cumplir las funciones siguientes: i) confirmar que las palabras de una disposición dada tienen un significado particular con arreglo a los principios habituales de interpretación (la “función confirmadora”), y ii) servir de ayuda legítima y complementaria para la interpretación al señalar el contexto, el objeto y fin del Convenio cuando una interpretación da lugar a resultados ambiguos o poco claros o a resultados manifiestamente absurdos o irrazonables (la “función explicativa”). Este comentario desempeña ambas funciones respecto de los distintos artículos a los que hace referencia:

1. En caso de que se acepte que las traducciones son una especie de reproducción (cuestión en sí que pertenece a la interpretación anterior del Convenio), la aplicación de las excepciones autorizadas en virtud del Artículo 9.2) se considera un resultado lógico, puesto que el usuario únicamente está reproduciendo la obra de distinta manera. Esto únicamente puede aplicarse parcialmente a los Artículos 2*bis*2) 10.1) y 2), y 10*bis*1) y 2), puesto que el último también se aplica a otros derechos exclusivos, como los de representación o ejecución, radiodifusión y difusión por cable.
2. En caso de que no se acepte el parecer anterior sobre la naturaleza de las traducciones y de las reproducciones, esa parte del Informe puede utilizarse como ayuda legítima y extrínseca para efectuar la interpretación. De este modo, si cabe afirmar que la exclusión de las traducciones de las excepciones previstas en esos artículos dará lugar a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, será legítimo considerar el Informe como indicación del entendimiento de las partes en el Convenio y, por tanto, de su contexto, objeto y fin. Cabe confirmar esa afirmación, pues dicha interpretación haría que las disposiciones del Convenio no tuvieran efecto en muchos países de la Unión en los que la traducción de las obras es evidentemente necesaria si han de aprovecharse plenamente las excepciones previstas en esas disposiciones (ya sea respecto de la reproducción, la radiodifusión o la difusión por cable). En consecuencia, la opinión unánime de los delegados registrada en el Informe deja patente que no estaba previsto este resultado y que esas excepciones son aplicables respecto de la realización de traducciones. A este respecto, aunque sirve de útil recordatorio, resulta superfluo declarar que esas excepciones se aplican sujetas a las mismas condiciones que se aplican en el caso de los usos de la versión original de la obra.

No obstante, no es posible utilizar el argumento expuesto anteriormente respecto de las licencias obligatorias autorizadas en virtud de los Artículos 11*bis* y 13, así como en el caso de los derechos de representación o ejecución pública y de recitación previstos en los Artículos 11 y 11*ter* y el derecho de adaptación y reproducción cinematográficas previsto en el Artículo 14. En cuanto al Artículo 11*bis*) y, por inferencia, los Artículos 11 y 11*ter*), el Informe no ha de servir de ayuda extrínseca en ningún caso, puesto que refleja únicamente el hecho de que los delegados estaban divididos a la hora de considerar la aplicación de la disposición a las emisiones de traducciones. Lo mismo se aplica al Artículo 13 (y al

⁹⁴ *Ibid*, 1165 (Informe). Para el proyecto francés, similar en el contenido, véase *ibid*, 926.

Artículo 14), salvo que se argumente que hacer una traducción es únicamente una forma de reproducción, en cuyo caso estaría justificada la grabación de una versión traducida de la letra que acompaña a una obra musical. Si se acepta dicho argumento, podría hacerse referencia a las opiniones no determinantes expuestas en el Informe como ayuda extrínseca o de otro tipo. En consecuencia, el parecer más adecuado es afirmar que las excepciones implícitas respecto de las traducciones únicamente se aplican a los derechos de reproducción en la forma expuesta en los Artículos 2bis2), 9.2), 10.1) y 2) y 10bis1) y 2).

- e) Otras limitaciones a los derechos de autor impuestas en aras del interés público

El poder de policía en virtud del Artículo 17

Desde hace tiempo se reconoce que, en circunstancias especiales, los Estados soberanos tienen el poder incuestionable de limitar o cancelar derechos privados como parte de su obligación de mantener el “orden público”. En el contexto de las obras literarias y artísticas, el poder principal en cuestión es el de censura, y las circunstancias especiales para su ejercicio son las de seguridad y protección de la moral pública por parte del Estado. Aunque se trata de cuestiones sobre las que los Estados miembros tendrán opiniones ampliamente divergentes, la siguiente disposición (Artículo 17) ha figurado en el Convenio casi sin modificaciones desde sus orígenes.

“Las disposiciones del presente Convenio no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al Gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho.”

En la Conferencia de Estocolmo de 1967, se debatió si esto podría autorizar la imposición de licencias obligatorias por los Estados miembros. Este asunto se trató de la manera siguiente en el Informe de la Comisión Principal I.

“Este Artículo hace referencia fundamentalmente a la censura: el censor tiene el poder de controlar una obra que estaba destinada a ser puesta a disposición del público con el consentimiento del autor y, sobre la base de ese control, “permitir” o “prohibir” la difusión de la obra. De conformidad con los principios fundamentales de la Unión de Berna, los países de la Unión no estarán autorizados a introducir ninguna clase de licencias obligatorias en virtud del Artículo 17. En ningún caso en que sea necesario el consentimiento del autor para la difusión de la obra, de conformidad con las normas del Convenio, será posible que los países autoricen la difusión sin el consentimiento del autor”⁹⁵.

Limitaciones respecto de los abusos de monopolio

En las Conferencias de Roma y de Bruselas varios delegados expresaron preocupación por el posible abuso de las posiciones de monopolio que podrían cometer las sociedades de

⁹⁵ *Ibid*, 1174.

recaudación en relación con los derechos de representación o ejecución y de radiodifusión⁹⁶. Esto dio lugar a un amplio debate en ambas Conferencias sobre el derecho de los Estados a reglamentar dichas prácticas, y se acordó generalmente que el Convenio les faculta para ello⁹⁷. Aunque se sugirió que esto entraba dentro del Artículo 17, la Delegación de Francia se opuso a ese parecer opinando que dichos controles no guardaban relación de hecho con los asuntos de orden público que eran objeto de ese Artículo⁹⁸. Por lo tanto, parecía más razonable opinar que, como principio general, un Convenio que se ocupa de la protección de los derechos privados no interfiere en el poder de los Estados soberanos de dictar disposiciones sobre cuestiones de interés público. Por lo tanto, el control de las sociedades de recaudación u otros abusos de los derechos de los autores no entran en conflicto con las disposiciones del Convenio. No obstante, esta cuestión todavía preocupaba a la Delegación británica en la Conferencia de Bruselas de 1948 y, por lo tanto, efectuó la siguiente declaración en relación con el Artículo 11:

“El Gobierno de Su Majestad acepta, para el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la disposición del Artículo 11, en el entendimiento de que sigue siendo libre de promulgar cualquier legislación que considere necesaria en aras del interés público para impedir o subsanar los abusos de los derechos exclusivos pertenecientes a un titular de derecho de autor en virtud de la legislación del Reino Unido. Estoy encargado igualmente de comunicar que Nueva Zelandia, cuyo representante se encuentra ausente en este momento, ha hecho suya la declaración del Reino Unido”⁹⁹.

Además de la Delegación de Nueva Zelandia, también hicieron suya esta declaración las siguientes delegaciones: Sudáfrica, Suiza, Canadá, Irlanda, los Países Bajos, Australia, India, Pakistán y Noruega¹⁰⁰. No se trataba de una reserva al Artículo, puesto que no estaban permitidas las reservas en virtud del Acta de Bruselas excepto en circunstancias muy limitadas¹⁰¹. En consecuencia, esta declaración no servía para limitar o cancelar la aplicación del Artículo 11¹⁰², sino que se trataba simplemente de una declaración de la interpretación que esas delegaciones aplicarían al Artículo¹⁰³. No obstante, el Gobierno Británico seguía sintiendo cierta inseguridad respecto de los efectos de su declaración, especialmente tras la constitución del Tribunal de Derechos de Interpretación o Ejecución en virtud de la Ley de Derecho de Autor del Reino Unido de 1956 con el fin de regular las actividades de las sociedades de recaudación en ese ámbito¹⁰⁴, y el Gobierno australiano, que se hallaba considerando establecer un tribunal parecido, sintió la misma preocupación¹⁰⁵. En consecuencia, ambos gobiernos propusieron modificaciones a la Conferencia de Revisión de Estocolmo que permitirían imponer ese tipo de controles antimonopolio. En último término,

⁹⁶ Véanse las *Actas* 1928, 256ff; *Documentos* 1948, 264.

⁹⁷ *Actas* 1928, 255-259.

⁹⁸ *Ibid.*, 256, 259.

⁹⁹ *Documentos* 1948, 82.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Acta de Bruselas, Artículo 27.

¹⁰² Véase generalmente sobre el efecto de esas declaraciones, el párrafo 4.19.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Ley de Derecho de Autor de 1956, ss 23 y 24.

¹⁰⁵ Véase por lo general el *Report of the Committee appointed by the Attorney-General of the Commonwealth to consider what alterations are desirable to the Copyright Law of the Commonwealth* (1965), párr. 343.

no se llevó a cabo esta labor y la cuestión se abordó de esta manera en la siguiente declaración que figura en el Informe de la Comisión Principal I:

“263. La Comisión aceptó, sin oposición, la propuesta de su Presidente de que debe mencionarse en el presente Informe el hecho de que las cuestiones de política pública son un asunto que debe corresponder siempre a la legislación nacional y que, por lo tanto, los países de la Unión estarán habilitados para tomar todas las medidas necesarias para limitar los posibles abusos de monopolio. En vista de lo cual, se retiraron las propuestas de Australia y del Reino Unido relativas al abuso de monopolio”¹⁰⁶.

No puede decirse que esta declaración resuelva definitivamente la cuestión, puesto que en las Actas de la Comisión Principal I se indica que algunos Estados adoptaron opiniones distintas sobre el alcance de las medidas que podrían adoptarse para impedir o controlar los abusos de monopolio, como la imposición de licencias obligatorias para corregir el cobro de regalías excesivas.¹⁰⁷ No obstante, en algunas circunstancias, la imposición de licencias obligatorias podría ser el medio más eficaz de impedir que se produzca este abuso. En consecuencia, el planteamiento que se expone a continuación parecer ser el adecuado. Los miembros de la Unión de Berna son libres de adoptar todas las medidas necesarias para limitar los posibles abusos de monopolio, lo que no entrará en conflicto con el Convenio siempre y cuando éste sea el fin de las medidas, aun cuando en algunos casos esto signifique que se limiten los derechos de los autores. Todos los derechos privados han de ejercerse de conformidad con las prescripciones del derecho público y los derechos de los autores no constituyen una excepción a este principio general. Al igual que en cualquier ejercicio de poder, este objetivo tendría que ser el objetivo genuino que se esconde detrás de la medida, y no simplemente un pretexto para limitar derechos que los Estados miembros están obligados a proteger en virtud del Convenio.

Cuadro ilustrativo de las limitaciones y excepciones en virtud del Convenio de Berna

FUENTE	OBJETO	JUSTIFICACIÓN	L, E O LO	O O F	DERE- CHOS	CONDICIONES
2.4)	Textos oficiales (OL)	Informativa	L	F	Todos	Ninguna
2.8)	Noticias del día e informaciones de prensa (OL)	Informativa	L	O	Todos	Ninguna
2bis.1)	Discursos políticos y pronunciados en debates judiciales (OL)	Informativa	L	F	Todos	Ninguna
2bis.2)	Conferencias, etc. (OL)	Informativa	E	F	R, B	Fines informativos
9.2)	General (Todas las	General	E,	F	R	Prueba de los 3

¹⁰⁶ *Ibid*, 1175.

¹⁰⁷ Así pues, el Presidente de la Comisión Principal I, Profesor Ulmer, parecía desaprobador la posibilidad de que la legislación nacional, considerando que las regalías de los autores eran excesivas, pudiera optar por tratar este caso como abuso e introducir licencias obligatorias como medida de subsanación *Ibid*, 910.

<i>FUENTE</i>	<i>OBJETO</i>	<i>JUSTIFICACIÓN</i>	<i>L, E o LO</i>	<i>O o F</i>	<i>DERE- CHOS</i>	<i>CONDICIONES</i>
	obras)		LO			critérios
10.1)	Citas (todas las obras)	Informativa	E, LO	O	Todos	1 Usos honrados 2 Justificadas por el fin
10.2)	Ilustración de la enseñanza (todas las obras)	Educativa	E, LO	F	R, B	1 A título de ilustración 2 Usos honrados
10bis.1)	Artículos de periódicos, etc., obras radiodifundidas (OL)	Informativa	E	F	R, B	1 Que no se hayan reservado 2 Indicación de la fuente
10bis.2)	Informaciones relativas a acontecimientos de actualidad (todas las obras)	Informativa	E	F	Fotografía, cine, B	Fines informativos
11bis.2)	Radiodifusión (todas las obras)	Acceso público	LO	F	B	1 Remuneración equitativa 2 Respeto de los derechos morales
11bis.3)	Grabaciones efímeras (letra y música)	Conveniencia, conservación en archivos	E, LO	F	R	1 Deben ser "efímeras" 2 Excepcional carácter de documentación (archivo)
13.1)	Grabación de música y de la letra	Nueva industria	LO	F	R	1 Ya grabada 2 Remuneración equitativa
14bis.2)b)	Obras cinematográficas: coautores (limitado)	Conveniencia	E	F	R, B, REP	Salvo estipulación en contrario
17	Censura (todas las obras)	Poder del Estado	L	F	Todos los derechos	Únicamente por razones de censura
Acuerdo implícito/complementario entre los Estados miembros	Reservas menores		E	F	REP, B, RP	<i>De minimis</i>
Acuerdo implícito/complementario entre los Estados	Traducciones	Necesidad	E	F	R, REP, RP, B (excepto los Art. 11bis,	Las aplicables en virtud de los Art. 2bis, 9.2), 10 y 10bis

<i>FUENTE</i>	<i>OBJETO</i>	<i>JUSTIFICACIÓN</i>	<i>L, E o LO</i>	<i>O o F</i>	<i>DERE- CHOS</i>	<i>CONDICIONES</i>
miembros					13)	
Acuerdo implícito/complementario entre los Estados miembros	Control antimonopolio (todas las obras)	Poder del Estado	L	F	Todos los derechos	Únicamente por razones de defensa de la competencia

Abreviaturas:

OL	=	Obras literarias
E	=	Excepciones
L	=	Limitaciones
LO	=	Licencia obligatoria
R	=	Reproducción
B	=	Todos los derechos previstos en virtud del Art. 11bis.1)
REP	=	Representación y ejecución pública
RP	=	Recitación pública
F	=	Facultativa
O	=	Obligatoria

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN DE ROMA

En esta Convención se contemplan tres tipos de derechos conexos o derechos relacionados con el derecho de autor: los de los artistas intérpretes o ejecutantes, los de los productores de fonogramas y los de los organismos de radiodifusión. El alcance y las condiciones de protección de esos derechos difieren considerablemente, y todo lo relativo a las eventuales limitaciones y excepciones figura en el Artículo 15, que es de carácter permisivo, puesto que dispone que los Estados contratantes podrán prever ciertos tipos de limitaciones o excepciones a los derechos que han de protegerse, sin obligarlos a hacerlo. Las limitaciones y excepciones admisibles en virtud del Artículo 15 son de dos tipos:

1. Las excepciones expresas que figuran en el Artículo 15.1.
2. Todas las limitaciones que figuran en las leyes y reglamentos nacionales respecto de la protección de las obras literarias y artísticas: Artículo 15.2.
 - a) Excepciones expresas: Artículo 15.1

En ese párrafo figuran cuatro excepciones expresas:

Cuando se trate de una utilización para uso privado: Artículo 15.1.a)

Se trata de un tipo de utilización que no es público ni lucrativo¹⁰⁸, y se refiere principalmente a la copia o fijación de interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones. Si bien son privados, es decir ni públicos ni de naturaleza comercial, esos usos podrían llegar a perjudicar los intereses del titular de los derechos. Un distinguido analista de la materia, Stewart, sugiere que los criterios del Artículo 9.2) del Convenio de Berna podrían servir para evaluar la validez de una excepción de copia para uso privado en la legislación nacional, y descartar actos como la copia privada de fonogramas y videogramas¹⁰⁹. Por otra parte, en el texto del Artículo 15.1.a) no se califica el adjetivo “privado”, por ello lo mejor será considerar que el uso “privado” es distinto del uso “profesional” o “comercial” y que no es necesario ir más lejos y ver qué efecto puede producir respecto de la explotación normal de la obra o de los intereses legítimos del titular de los derechos (como correspondería con arreglo al Artículo 9.2)).

Cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad: Artículo 15.1.b)

Parecería ser el equivalente de la excepción por información de noticias del Convenio de Berna, pero el lenguaje se acerca más al del texto del Artículo 10bis del Acta de Bruselas, antes que al Artículo 10bis.1) del Acta de París, del que difiere por el hecho de que sólo se prevé la utilización de “breves fragmentos” y de que no parece posible utilizar fragmentos más largos, ni la totalidad de una interpretación o ejecución, un fonograma o una emisión aún “cuando tal utilización esté justificada por el fin informativo que se persigue.”

Cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones: Artículo 15.1.c)

Este Artículo equivale al Artículo 11bis.3) del Convenio de Berna (véase más arriba), y permite a los organismos de radiodifusión realizar grabaciones efímeras de fonogramas o interpretaciones o ejecuciones para utilizarlas en sus propias emisiones. El requisito de que sea efímera supone que cualquier grabación realizada deberá destruirse tras un lapso razonable y, lógicamente, las legislaciones nacionales diferirán en cuanto a los plazos aplicables a ese respecto¹¹⁰.

Cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica: Artículo 15.1.d)

La referencia a la “investigación científica” va más allá de lo permitido en el Artículo 10.2) del Convenio de Berna (véase más arriba), aunque el Profesor Nordemann y otros observan que “los fonogramas comerciales y los programas de radio y televisión difícilmente podrían ofrecer material útil para la investigación científica. Mayor utilidad

¹⁰⁸ Véase S. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Butterworths, Londres (2ª Edición, 1989), párr. 8.41.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Véase Stewart, párr. 8.43.

podría encontrarse en las ciencias culturales y sociales”¹¹¹. Los mismos autores sugieren prestar atención para que no se haga un mal uso de la denominación “ciencia” pretendiendo, por ejemplo, que las emisiones de divulgación científica popular queden englobadas bajo el rótulo de “investigación científica”, concepto mucho más limitado, en opinión de los autores, y que se circunscribe a la actividad de investigación no pública: por lo tanto, no abarca la popularización y difusión de los resultados de dicha investigación¹¹². Por otra parte, la palabra “docentes” del Artículo 15.1.d) permite la difusión de ese material en el marco de la función educativa, ya sea en escuelas o en institutos terciarios.

b) Limitaciones que figuran en las legislaciones nacionales: *Artículo 15.2*

Se trata de un conjunto alternativo y paralelo de limitaciones permitidas, que deberán concordar con las que prevén las legislaciones nacionales en el marco de la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. También es una referencia al Convenio de Berna, si se parte de la base que esas legislaciones nacionales, por principio, deberán guardar coherencia con las disposiciones de dicho Convenio en lo que respecta a las limitaciones y excepciones admisibles (en virtud del Artículo 23 de la Convención de Roma, ésta estará abierta a cualquier Estado que sea parte en el Convenio de Berna o en la *Convención Universal sobre Derecho de Autor*; teniendo en cuenta que actualmente los Estados parte en el Convenio de Berna son casi 150, la Convención de Roma es de aplicación prácticamente universal).

La única restricción a la adopción de limitaciones y excepciones del tipo de las que dispone el Convenio de Berna para los derechos protegidos en virtud de la Convención de Roma es que sólo podrán imponerse licencias obligatorias “en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención [de Roma]”. Dicha Convención contempla las licencias obligatorias en varias disposiciones: Artículo 7.2.2) (radiodifusión de interpretaciones o ejecuciones); Artículo 12 (radiodifusión de fonogramas); y Artículo 13.d) (comunicación al público de ciertas emisiones). Al margen de las mencionadas, no pueden justificarse otras licencias obligatorias en virtud del Artículo 15.2¹¹³.

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

a) El Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna

El Acuerdo sobre los ADPIC es un instrumento conciso y redactado con eficiencia, en el sentido de que incorpora muchas de las obligaciones internacionales en vigor a las que toma como punto de partida para sus propios requisitos adicionales. En el caso del Convenio de Berna, el Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC exige a los Miembros que den cumplimiento a los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, sin importar si el país en cuestión es parte en ese Convenio (esta obligación no se extiende a los derechos morales, que están bajo el amparo del Artículo 6*bis* del Convenio de Berna). En varias partes del Acuerdo sobre los ADPIC se hace referencia a las limitaciones y excepciones a la protección.

¹¹¹ Nordmann *et al* página 411.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Véase Stewart, párr. 8.40; Nordmann *et al* página 411.

Cumplimiento del Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC

El cumplimiento de esta disposición supone que los Miembros pueden aplicar las limitaciones y excepciones específicas que figuran en los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. El alcance de esas disposiciones se ha examinado más arriba, pero cabe recordar que son de dos tipos: permisivas y obligatorias. En consecuencia, en virtud del Artículo 9.1 los Miembros estarán obligados a prever excepciones respecto de los usos citados en el Artículo 10.1); se trata de la única excepción obligatoria en virtud del Convenio de Berna. Con respecto a las demás limitaciones o excepciones, no es obligatorio reconocer ninguna de ellas, pero si de hecho son reconocidas, deberán observarse las condiciones que figuran en los artículos pertinentes del Convenio de Berna.

Como parte del requisito de trato nacional previsto en el Artículo 3.1 del Acuerdo de los ADPIC

Otra referencia a las excepciones figura en el Artículo 3.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, que es la disposición de ese instrumento relativa al trato nacional. Con arreglo a ese Artículo, los Miembros concederán a los nacionales de los demás miembros un trato no menos favorable que el que otorguen a sus propios nacionales, “a reserva de las excepciones ya previstas en, respectivamente, [...]el Convenio de Berna (1971)...” Ello confirma sin lugar a dudas que los Miembros pueden aplicar las excepciones permitidas en el Convenio de Berna, en lo que concierne a los extranjeros que solicitan protección en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

Como obligación específica del Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del Artículo 13 de ese Acuerdo

Las disposiciones indicadas anteriormente hacen referencia a las del instrumento incorporado (el Convenio de Berna) y por lo tanto asumen los matices de ese instrumento. Sin embargo, el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC contiene una obligación independiente en relación con las limitaciones y excepciones, que aplica una fórmula o esquema general, valiéndose de un lenguaje similar al de la prueba del criterio triple prevista en el Artículo 9.2) del Convenio de Berna, y dispone lo siguiente:

“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

Este Artículo debe interpretarse en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, antes que en el del Convenio de Berna, y su ámbito de aplicación deberá ser examinado en mayor detalle.

¿A qué derechos exclusivos se aplica el Artículo 13?

La referencia a “derechos exclusivos” es algo ambigua: ¿se limita la disposición a los derechos que deben ser protegidos en virtud del propio Acuerdo sobre los ADPIC, o también se aplica a los derechos exclusivos previstos en los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna y

que los Miembros están obligados a proteger en virtud del Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC? Según la primera de esas interpretaciones, el ámbito de aplicación del Artículo 13 sería muy limitado, puesto que el único derecho exclusivo no contemplado en el Convenio de Berna y cuya protección se exige conforme al Acuerdo sobre los ADPIC es el derecho de arrendamiento, que se aplica sólo en algunos casos (programas de ordenador y obras cinematográficas)¹¹⁴. Sin embargo, puesto que el Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC exige que los Miembros cumplan con los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (con excepción del Artículo 6*bis*), cabe interpretar que el Artículo 13 se aplica a todos los derechos exclusivos enumerados en el Convenio de Berna, incluyendo el de reproducción, así como a los derechos de arrendamiento previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC¹¹⁵.

¿Qué elementos son pertinentes para interpretar el Artículo 13?

Las interpretaciones relativas a la prueba del criterio triple del Artículo 9.2) del Convenio de Berna son claramente pertinentes al Artículo 13, aunque sólo sea por la similitud del lenguaje y la materia. Al mismo tiempo, hay características específicas del Acuerdo sobre los ADPIC que sugieren que cada componente de la prueba del criterio triple del Artículo 13 tiene un matiz o un énfasis distinto, aunque en definitiva esas diferencias son más aparentes que reales. Así pues, cabe observar las cuestiones siguientes:

1. El Acuerdo sobre los ADPIC es un acuerdo de naturaleza comercial, y su propósito es eliminar las barreras comerciales entre los países Miembros, en este caso en el comercio relativo a los derechos de propiedad intelectual, entre ellos, el derecho de autor. Así pues, la necesidad de proteger eficazmente esos derechos se expone claramente al comienzo del preámbulo del Acuerdo, donde además se declara que los “derechos de propiedad intelectual son derechos privados”. Se pone de manifiesto así que, como en el Convenio de Berna, el objetivo del Acuerdo sobre los ADPIC es potenciar la protección de los derechos de propiedad intelectual y que, cada vez que sea necesario, deberá adoptarse una interpretación amplia favorable a esos derechos (no se exige la protección de los derechos morales en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC).

2. Sin embargo, el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC es aún más amplio e incluye otros objetivos que hay que tener en cuenta. Entre otras cosas, figura el reconocimiento de “los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología”. Concretamente, en los Artículos 7 y 8 se señalan otros factores que los Estados Miembros deben tener en cuenta al aplicar las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC. Por ejemplo, el Artículo 7 se titula “Objetivos” y dispone lo siguiente:

“La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos

¹¹⁴ Véase el Artículo 11 del Acuerdo sobre los ADPIC.

¹¹⁵ Esta fue la interpretación adoptada por el Grupo Especial de la OMC en relación con la exención empresarial y la exención “de uso hogareño” previstas en el Artículo 110.5) de la *Ley de Derecho de Autor* de 1976; Informe de fecha 15 de junio de 2000, WT/DS160/R, página 43.

tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

El Artículo 8.1 dispone que los Estados Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las “medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo”. Además, el Artículo 8.2 se refiere a las “medidas apropiadas [...] compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo” que puedan ser necesarias para impedir el ejercicio abusivo de derechos de propiedad intelectual o las “prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”. Se desprende de esas disposiciones que, al interpretar las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC en su contexto y a la luz de su objetivo y propósito¹¹⁶, será necesario adoptar un enfoque equilibrado que tenga en cuenta tanto el interés de los titulares de derechos como el interés público, por ejemplo, en materia educativa o de desarrollo. En otras palabras, sería un error adoptar el enfoque amplio favorable a los derechos mencionado en el primer punto del apartado anterior.

3. El Acuerdo sobre los ADPIC incluye varias disposiciones que giran en torno a la relación con el Convenio de Berna y que modifican el enfoque “equilibrado” indicado en el segundo punto del primer apartado. Así pues, el Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que “ninguna disposición de las Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del [...] Convenio de Berna...”. Es decir que si bien el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC permitiría otras limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos protegidos en virtud del Convenio de Berna, además de las que se permiten actualmente en virtud de ese Convenio, el Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC le sirve de freno, pues aquella interpretación supondría dejar de lado esos derechos. Ello no cambiaría aunque la aplicación del Artículo 13 permitiera un abanico más amplio de excepciones teniendo en cuenta el equilibrio mencionado en el párrafo precedente. El Artículo 2.2 se aplica sólo a las partes en el Convenio de Berna, pero siendo éstas tan numerosas, cubre prácticamente todos los Estados que también son parte en el *Acuerdo sobre los ADPIC*¹¹⁷. Este enfoque restrictivo también está respaldado por el Artículo 30.2 de la *Convención de Viena*, que dispone que cuando un tratado especifica que está “subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado” concerniente a la misma materia, prevalecerán las disposiciones de este último¹¹⁸.

¹¹⁶ Como imponen los principios de las normas consuetudinarias de derecho internacional para la interpretación de los tratados; el Acuerdo sobre los ADPIC no está cubierto por la *Convención de Viena*.

¹¹⁷ El 31 de diciembre de 2002, los Estados parte en el Convenio de Berna eran 149; al 31 de mayo de 2001, los Estados miembros de la OMC eran 141; la información está disponible en www.ompi.int/indexsp.html.es y www.wto.org/indexsp.htm. Sin embargo, hay algunas ausencias notables entre los miembros de la OMC, es el caso de países que son miembros del Convenio de Berna, a saber la República Popular China y la Federación de Rusia.

¹¹⁸ Sin embargo, puesto que la *Convención de Viena* no parece aplicarse al Acuerdo sobre los ADPIC (véanse más arriba), no puede extraerse esta conclusión directamente del Artículo 30.2. Además, al parecer el Artículo 30 de la *Convención de Viena*, a diferencia de los Artículos 31 y 32, no representa la codificación de las normas consuetudinarias de derecho internacional, sino que es una declaración de normas residuales que los Estados podrán aplicar cuando se encuentren ante obligaciones sucesivas y discordantes derivadas de tratados; véase Sinclair,

4. Otro factor limitativo se encuentra en el Artículo 20 del Convenio de Berna, que se incorpora en el Acuerdo sobre los ADPIC mediante su Artículo 9.1. El Artículo 20 dispone que los Estados parte en ese Convenio podrán adoptar entre ellos “arreglos particulares”, en la medida en que éstos confieran a los autores “derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio”. Partiendo de la base de que el Acuerdo sobre los ADPIC es un “acuerdo particular”, la segunda parte del Artículo 20 es especialmente pertinente a las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos, salvo el derecho de reproducción. Como observó el Profesor Goldstein, como consecuencia de ello no puede considerarse que el Artículo 13 de los ADPIC faculte automáticamente a las partes en el Convenio de Berna a “imponer esas limitaciones sobre los derechos que no sean el derecho de reproducción” y por lo tanto no servirá para “justificar que se deje sin efecto cualquier derecho mínimo establecido por el Convenio de Berna”¹¹⁹. Así pues, las excepciones a cualquiera de los derechos protegidos en virtud del Convenio de Berna (al margen del de reproducción) deberán encontrar un sustento en ese Convenio, antes que en el lenguaje general del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

¿Cuál es la esfera de aplicación del Artículo 13?

A la luz del Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y del Artículo 20 del Convenio de Berna, la aplicación de la prueba del criterio triple contemplado en el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC no podría ser más amplia de lo que permite el Convenio de Berna. ¿Qué ámbito de aplicación tiene entonces el Artículo 13 en cuanto disposición sustantiva del Acuerdo sobre los ADPIC? Es preciso examinar esta cuestión en relación con los distintos derechos exclusivos a los que puede aplicarse este Artículo.

El derecho exclusivo de reproducción y el Artículo 9.2) del Convenio de Berna

El derecho exclusivo de reproducción protegido en virtud del Artículo 9.1) del Convenio de Berna también debe ser protegido con arreglo al Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC. A este respecto, con una diferencia que se examinará más abajo, la prueba del criterio triple del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC simplemente reproduce esa misma prueba tal como la prevé el Artículo 9.2) del Convenio de Berna. Si bien los diferentes objetivos del Acuerdo sobre los ADPIC permitirían dar más amplitud a la interpretación de los distintos componentes de la prueba del criterio triple, lo impiden las disposiciones acerca de la relación con otros convenios del Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el Artículo 20 del Convenio de Berna. En cuanto a la diferencia mencionada más arriba, se encuentra en el texto del último de los tres criterios del Artículo 13, a saber, que las limitaciones o excepciones en cuestión no “atenten contra la explotación normal de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”; en

[Continuación de la nota de la página anterior]

op. cit., pp. 94 a 98. Puesto que el propósito del Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC está redactado en un lenguaje razonablemente claro, no hace falta examinar cuál podría ser la situación en ausencia de esa disposición.

¹¹⁹ P. Goldstein, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2001, p. 295.

cambio, en el Artículo 9.2) del Convenio de Berna, se hace referencia al *autor*. Aunque los “autores” y los “titulares de derechos” suelen ser la misma persona, no siempre es así, y en ese caso habrá una diferencia significativa en la aplicación del tercer criterio. Ya se ha dicho que entre los “intereses legítimos” de los autores figuran los intereses no patrimoniales (morales) al igual que los patrimoniales. Por otra parte, los titulares de derechos que no sean autores no tendrán derechos morales por proteger; en consecuencia, una excepción al derecho de reproducción permitido en virtud del Artículo 13 podría ser contraria al Artículo 9.2) si, por ejemplo, no exigiera la atribución de la paternidad de la obra o contraviniera el derecho de integridad, causando de esa forma un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Aunque no se trate lisa y llanamente de una contravención al Artículo 13, ello iría claramente en menoscabo de las obligaciones existentes en virtud del Convenio de Berna (Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC) y a primera vista no sería admisible. Sin embargo, en este caso el Artículo 2.2 debe interpretarse conjuntamente con una disposición específica sobre los derechos morales que figura en el Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, y que dispone que con arreglo a ese Acuerdo los Miembros no tendrán derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el Artículo 6*bis* del Convenio de Berna ni respecto de los “derechos que se derivan del mismo”. En ese caso, se produciría un incumplimiento del Convenio de Berna (si el país en cuestión fuese parte en ese Convenio), pero no del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. A su vez, ello significa que los procedimientos de solución de diferencias en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC no estarían disponibles para un país que quisiera presentar una reclamación por ese incumplimiento¹²⁰.

Otros derechos exclusivos y excepciones

Como ya se observó, el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se aplica a otros “derechos exclusivos”, aparte del derecho de reproducción, que están protegidos en virtud de los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, a saber, el derecho de traducción (Artículo 8), el derecho de representación o de ejecución públicas (Artículo 11), el de radiodifusión y otras comunicaciones (Artículo 11*bis*), de recitación pública (Artículo 11*ter*) y de adaptación (Artículo 12). Asimismo, se aplica a los derechos protegidos expresamente en virtud del propio Acuerdo sobre los ADPIC, en este caso el derecho de arrendamiento limitado, contemplado en el Artículo 11. Además, debe interpretarse junto con las demás limitaciones y excepciones permitidas con arreglo al Convenio de Berna, algunas de las cuales se aplican al derecho de reproducción y a otros derechos exclusivos. El Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC tendrá modalidades distintas de aplicación según los tipos de derechos y excepciones de que se trate.

¹²⁰ Se puede argumentar en contra sosteniendo que dicha excepción, aunque sea admisible en virtud del Artículo 13, constituiría un incumplimiento del Artículo 20 del Convenio de Berna, incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC a través del Artículo 9.1). Así pues, el hecho de que la disposición sea contraria al Artículo 6*bis* del Convenio de Berna, también representaría un incumplimiento del Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, esa interpretación del Artículo 20 parecería ser directamente contraria a la clara intención del Artículo 9.1, que excluye expresamente los derechos morales del ámbito de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y no puede ser considerada correcta.

Derechos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC

En el caso del derecho arrendamiento (y cualquier otro derecho exclusivo que pueda añadirse en versiones posteriores del Acuerdo sobre los ADPIC), el Artículo 13 permitirá establecer excepciones o limitaciones con arreglo a la prueba del criterio triple, sin necesidad de remitirse a las especificaciones debidas a la incorporación de los principios de los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, de conformidad con el Artículo 9.1. Se trata de una disposición autónoma, que parecería permitir a las legislaciones nacionales crear un abanico más amplio de excepciones a este derecho, siempre teniendo en cuenta que la interpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC exige un enfoque equilibrado.

Derechos y excepciones en virtud del Convenio de Berna (excluyendo las del Artículo 9.2))

Sería tentador sostener que el Artículo 13 permite a los Estados Miembros crear excepciones similares basadas únicamente en la prueba del criterio triple, pero ello no puede hacerse sin remitirse al Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y al Artículo 20 del Convenio de Berna sobre las relaciones con otros convenios (véase más arriba). Así pues las excepciones o limitaciones relacionadas con esos derechos deberán guardar coherencia con lo que ya se permite en virtud de los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. Tal como se ha indicado, en esas disposiciones ya figuran excepciones, por ejemplo, las excepciones por enseñanza y transmisión de noticias de los Artículos 10 y 10*bis*, las limitaciones a la radiodifusión y otros derechos de comunicación permitidos en virtud del Artículo 11*bis*.2), y las “excepciones menores” o “reservas menores” aludidas en el texto del Convenio con respecto a los derechos de interpretación o de ejecución, de recitación y de radiodifusión (véase más arriba). La real medida del alcance de esas excepciones, en particular las excepciones menores, no siempre es clara, puesto que no se basan expresamente en los mismos tipos de criterios que los del Artículo 9.2) del Convenio de Berna, y algunos, como el Artículo 11*bis*.2), hasta disponen expresamente que la utilización en cuestión podrá efectuarse, si media el pago de una remuneración. En el caso de las excepciones menores, también podría sostenerse que no están incorporadas en el Acuerdo sobre los ADPIC *por medio del* Artículo 9.1), puesto que no son parte del texto de los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, sino que forman parte de él como “acuerdos auxiliares”, conforme al Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena*. Sin embargo, a este respecto se solicitó al Grupo Especial de la OMC sobre las exenciones estadounidenses relativas al “uso hogareño” y empresarial que examine directamente esta cuestión; llegó a la conclusión de que lo que se incorpora en el Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC comprende también las interpretaciones y acuerdos aplicables al texto del Convenio de Berna mediante conferencias sucesivas de revisión, es decir, el acervo del Convenio de Berna, antes que sólo las disposiciones de ese Convenio. Aceptando que es así, toda excepción prevista en la legislación nacional de un país parte en el Convenio de Berna que también lo sea en el Acuerdo sobre los ADPIC deberá guardar coherencia con las excepciones expresas e implícitas previstas en el Convenio de Berna, para no caer en el incumplimiento de la disposición del Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC relativa a la relación con otros convenios¹²¹.

¹²¹ El profesor Goldstein también sugiere que esto pondría al país de que se trate en situación de incumplimiento del Artículo 20 del Convenio de Berna: Goldstein, *op.cit.*, p. 295.

El Artículo 13, pues, ¿añade algo a las limitaciones y excepciones existentes y permitidas en virtud de los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna? Para responder a esta pregunta, será útil distinguir entre dos extremos.

- *Disposiciones que amplían el alcance de las limitaciones y excepciones existentes en virtud del Convenio de Berna, aunque tengan autonomía en el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC:* como ya se ha observado, esas disposiciones serán forzosamente inaceptables porque pondrían a las partes en el Convenio de Berna en una situación de incumplimiento del Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Puede aplicarse aquí un principio general de interpretación, a saber, que la *lex specialis legi generali derogat*: puesto que ambos textos fueron adoptados al mismo tiempo, no puede suponerse que el objetivo del texto general (Artículo 13) fuese reemplazar el texto específico (la limitación o excepción en cuestión del Convenio de Berna).

- *Disposiciones que restringen el alcance de las limitaciones y excepciones existentes en virtud del Convenio de Berna:* en ciertos casos, la prueba del criterio triple del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC resulta más rigurosa. En principio, no habría problema en exigir a los Miembros que cumplan con ambos conjuntos de criterios, puesto que restringir al alcance de una excepción o limitación prevista en virtud del Convenio de Berna nunca irá en detrimento de las obligaciones recíprocas de las partes en el Convenio de Berna en virtud del Artículo 2.2. Nuevamente, puesto que ambos conjuntos de disposiciones se adoptaron al mismo tiempo, cabe suponer que los Estados contratantes quedan obligados por ambos, siempre y cuando guarden coherencia entre sí; examinaremos este punto más adelante.

Por más que esta dicotomía parezca clara, no es fácil aplicarla a las limitaciones y excepciones que figuran en el Convenio de Berna y sus acuerdos de interpretación auxiliares o posteriores (el “acervo del Convenio de Berna”). Ello es así porque por lo general el lenguaje de esas limitaciones y excepciones es diferente del de la prueba del criterio triple del Artículo 13 y por lo tanto es difícil, si no imposible, determinar si de hecho esos distintos criterios son equivalentes o si uno es más amplio o más restrictivo que el otro. Será necesario seguir examinando esta cuestión.

Disposiciones del Convenio de Berna que se superponen con el Artículo 13

Algunas de las excepciones específicas que figuran en el Convenio de Berna parecen cumplir plenamente con la prueba del criterio triple. Así pues, se ha dicho anteriormente que, en el caso del Artículo 10.1) y 2), la referencia a que las citas se hagan “conforme a los usos honrados” podrá corresponder al segundo y tercer criterio de la prueba del criterio triple, mientras que el alcance limitado de esas disposiciones corresponde sin duda al primer criterio. En consecuencia, los requisitos de esas dos disposiciones y del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se superpondrán a todos los efectos prácticos, sin que surjan conflictos. Sin embargo, se plantea una cuestión interesante con respecto a la obligación prevista en el Artículo 10.3) del Convenio de Berna acerca de identificar la fuente y el nombre del autor de la obra cuya utilización se menciona en el Artículo 10.1) o 2). ¿Se trata de uno de los “derechos conferidos por el Artículo 6bis de dicho Convenio [Convenio de Berna]”? ¿o de uno de los “derechos que se derivan del mismo” y quedan por lo tanto excluidos del Artículo 9.1) del Acuerdo sobre los ADPIC? En consecuencia, el hecho de no indicar la fuente y el nombre del autor ¿quedará exento de cumplir con el Acuerdo sobre los ADPIC? En el Artículo 10.3) no se hace referencia a los “derechos morales” (no así en el Artículo 11bis.2), véase más adelante), y ello parece constituir un requisito independiente, aparte del Artículo 6bis.

Además, el requisito de indicar la fuente de la obra es distinto del de indicar el nombre del autor. En consecuencia, a los efectos del Acuerdo sobre los ADPIC deberán cumplirse ambos requisitos del Artículo 10.3).

Disposiciones del Convenio de Berna que guardan silencio acerca de los requisitos del Artículo 13

Queda menos claro si esas equivalencias existen en los casos del Artículo 10*bis*.1) y 2), aunque esas disposiciones contienen sus propias condiciones internas de aplicación, por ejemplo, falta de reserva expresa de los derechos en el caso del párrafo 1) y el “fin de la información” en el caso del párrafo 2). Sin embargo, en cualquier caso, es posible que una disposición de la legislación nacional que satisfaga estas condiciones no cumpla con la prueba del criterio triple del Artículo 13, en particular, el segundo y el tercer criterio. No se trata de casos de incoherencia (véase más adelante), sino de casos en que las disposiciones en cuestión simplemente no hacen referencia expresa a los tipos de elementos que figuran en la prueba del criterio triple. Como ya se sugirió, el hecho de que ambas disposiciones hayan sido adoptadas al mismo tiempo como parte del Acuerdo sobre los ADPIC indica que ambas deben aplicarse en forma acumulativa y que una excepción prevista en la legislación nacional deberá cumplir con ambos artículos (esto sólo será pertinente al cumplimiento de Acuerdo sobre los ADPIC, y no del Convenio de Berna).

Disposiciones del Convenio de Berna que no guardan coherencia con el Artículo 13

También es posible que los requisitos correspondientes a las excepciones o limitaciones en virtud del Convenio de Berna sean muy diferentes de los que surgen del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y por lo tanto no puedan aplicarse conjuntamente. A título de ejemplo, cabe citar el Artículo 11*bis*.2) del Convenio de Berna que permite la imposición de “condiciones” para el ejercicio de los derechos exclusivos previstos en el Artículo 11*bis*.1), con sujeción a la protección de los derechos morales y del derecho a recibir una remuneración equitativa del autor. En el caso relativo al “uso hogareño”, la CE sostuvo que se exigía cumplir con el Artículo 11*bis*.2) y con el Artículo 13, pero el Grupo Especial no estuvo de acuerdo, argumentando que el Artículo 11*bis*.2) y el Artículo 13 cubren “situaciones diferentes”:

“[...] Por una parte, en el párrafo 2 del Artículo 11*bis* se autoriza a los Miembros a que establezcan las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1 del Artículo 11*bis* (puntos 1º a 3º). La imposición de dichas condiciones puede reemplazar por completo el libre ejercicio del derecho exclusivo a autorizar el uso de los derechos contenidos en los puntos 1º a 3º, siempre que no afecten la remuneración equitativa ni los derechos morales del autor. Sin embargo, a diferencia del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 2 del Artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) no justifica en ningún caso el uso sin ninguna remuneración.”¹²²

En consecuencia, en este caso el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC podría justificar una excepción de utilización gratuita para los derechos protegidos en virtud del

¹²² Informe de la OMC, párr. 6.87.

Artículo 11*bis*.1) del Convenio de Berna, pero en la que sería necesario contar con la remuneración equitativa prevista en el Artículo 11*bis*.2). Resultaría de ello el incumplimiento con el Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, lo que seguramente no ha sido la intención de los redactores del instrumento. Por lo tanto, en este caso, deberá aplicarse el Artículo 11*bis*.2) por sí solo, sin referencia al Artículo 13, y también sería posible invocar la máxima *lex specialis legi generali derogat*. Por otra parte, no cabe sostener que la obligación relativa a los derechos morales del Artículo 11*bis*.2) pueda exigirse como una obligación en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC por intermedio del Artículo 9.2 de ese instrumento (véase más arriba el análisis del Artículo 10.3) del Convenio de Berna), puesto que la referencia a los derechos morales del Artículo 11*bis*.2) no deja lugar a dudas.

Aplicación del Artículo 13 al acervo del Convenio de Berna, en particular a la doctrina de las reservas menores

Como se ha observado más arriba, el Grupo Especial de la OMC opinó que las obligaciones de los Miembros en virtud del Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC se extienden a lo que puede denominarse el acervo del Convenio de Berna, es decir, cualquier acuerdo sobre la interpretación de sus disposiciones celebrado en el momento de la adopción del Convenio o posteriormente. Sin duda alguna, uno de esos acuerdos es la doctrina de las “reservas menores” que se ha examinado más arriba y que parece ser pertinente al caso del “uso hogareño”, puesto que el Grupo Especial opinó que el Artículo 11*bis*.2) no es aplicable en ausencia del requisito de pagar una remuneración, con arreglo a la disposición estadounidense objeto de controversia. En consecuencia, ello puede justificarse, si es que puede, únicamente en virtud de la doctrina de las reservas menores y, al aplicar este concepto, el Grupo Especial concluyó que el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC desempeña un papel muy positivo en la expresión y definición de los criterios correspondientes al caso de las excepciones menores. Fue por ello que el Grupo Especial decidió aplicar la prueba del criterio triple a las exenciones por “uso hogareño” y empresarial a los derechos de radiodifusión y de representación o de ejecución públicas, que consideró no se habían cumplido¹²³.

Sin poner en tela de juicio la decisión del Grupo Especial en este caso, cabe preguntarse si fue correcto aplicar la prueba del criterio triple prevista en el Artículo 13 como parte de la doctrina de las reservas menores. Tal como ya se ha dicho, los límites de esta doctrina no son precisos, pero uno de sus elementos esenciales es la noción de que una reserva menor debe tener carácter *de minimis*. Por definición, ello se referirá a un uso claramente definido y limitado en su alcance (criterio 1), que no atente contra la explotación normal de la obra (criterio 2) y que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos (criterio 3). Sin embargo, es posible imaginar excepciones que no sean *de minimis*, pero que de todos modos satisfagan los requisitos de la prueba del criterio triple. Por ejemplo, como se sugirió más arriba, podrá haber consideraciones normativas de carácter no económico que hagan que una utilización no cumpla con el segundo criterio, según el enfoque de equilibrio sugerido; hasta podrá haber usos que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos porque se paga una remuneración o se imponen otras condiciones. De hecho, como norma general puede decirse que la prueba del criterio triple se refiere a los usos que son más que *de minimis* y cuyo cumplimiento con los requisitos habrá que examinar: por lo tanto, los usos *de minimis* son sólo una parte de lo que el

¹²³ Informe de la OMC, pp. 42 a 44.

Artículo 13 puede permitir. A este respecto, tal vez la decisión del Grupo Especial de la OMC haya ido demasiado lejos: si bien la disposición estadounidense objeto de controversia no pasó con éxito la prueba del criterio triple, la prueba aplicada por el Grupo Especial fue demasiado amplia. Es decir que se trató de un caso en el que la aplicación de la prueba del criterio triple prevista en el Artículo 13 podría llegar a justificar excepciones más amplias de las que permitiría admitir la doctrina de las reservas menores y, por lo tanto, significaría dejar de lado las obligaciones recíprocas de las partes en el Convenio de Berna que también lo son en el Acuerdo sobre los ADPIC.

¿Se plantea un problema similar con la otra parte importante del acervo del Convenio de Berna, a saber, la norma que supone excepciones paralelas en relación con las traducciones de las obras protegidas? En este caso, entran en juego las mismas excepciones y condiciones que se aplican a los usos de dichas obras en sus idiomas originales y, por lo tanto, se aplicarán las mismas pruebas que para esas excepciones: véanse los análisis realizados bajo los tres subtítulos precedentes.

¿A qué “obras” corresponder aplicar el Artículo 13?

Otra cuestión que se ha dejado para el final de nuestro análisis del Artículo 13, es un examen de la materia a la que se aplica el Artículo. Puede darse por supuesto que la referencia del Artículo 9.1 a una “obra” lo es a cualquier obra que, en virtud del Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC deba ser protegida por tratarse de una obra a la que se aplican los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. Ello plantea una cuestión interesante con respecto a dos categorías de materia, cuya situación en el marco del Convenio de Berna no queda del todo clara: se trata de los programas informáticos y las compilaciones. Los primeros no se mencionan específicamente en la lista ilustrativa de obras que figura en el Artículo 2.1) del Convenio de Berna, mientras que el Artículo 2.5) parece únicamente exigir protección para las colecciones de obras literarias o artísticas “que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales” y no se refiere a las compilaciones de datos ni a otro material que no sean obras literarias y artísticas. Naturalmente, esa materia es objeto de las obligaciones específicas que surgen del Artículo 10.1 y .2 del Acuerdo sobre los ADPIC, aunque la naturaleza de esas obligaciones es ligeramente distinta: en el caso de los programas de ordenador, en el Artículo 10.1 se exige que sean protegidos como “obras literarias en virtud del Convenio de Berna”, mientras que la obligación dimanante del Artículo 10.2 es menos precisa, exigiéndose sólo que las compilaciones de datos y demás material que constituyan creaciones de carácter intelectual sean protegidas “como tales”. Por lo tanto, será necesario examinar atentamente el efecto del Artículo 13 sobre estas categorías de materia.

Programas informáticos

Puesto que el Artículo 2.1) del Convenio de Berna no los menciona expresamente, no queda claro si entre las partes en dicho Convenio existe la obligación de proteger esta categoría, aunque es discutible que sea así, pues caen dentro de la descripción general del Artículo 2.1) de las “producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”. Dejando de lado este debate por el momento, no cabe duda de que el Artículo 10.1 exige a las Partes Contratantes en el Acuerdo sobre los ADPIC, sean o no partes en el Convenio de Berna, la protección de los programas de ordenador como obras literarias en el marco del Convenio de Berna. Se desprende de ello que los Miembros

están obligados, en virtud del Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC a aplicar a esa materia los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, de la misma manera que lo harían respecto de cualquier otra materia que pueda calificarse de “obra literaria o artística”. Sin embargo, la cláusula del Artículo 2.2) del Convenio de Berna que se refiere a la relación con otros convenios sólo se aplicará en los casos en que las partes en el Acuerdo sobre los ADPIC que son Partes Contratantes en el Convenio de Berna se consideren obligadas, en virtud de este último, a proteger los programas informáticos. De no ser así, podría sostenerse que no existen limitaciones a la aplicación del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, puesto que cualquier excepción o limitación mayor que pudiera ser permitida en virtud de esta disposición (véase más arriba) no entrañará el incumplimiento del Artículo 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esos países (y sólo serán unos pocos) podrían entonces aplicar el Artículo 13 y la prueba del criterio triple sin miedo a apartarse de las limitaciones y excepciones que figuran en los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna.

Compilaciones de datos o de otros materiales

Como se indicó más arriba, el texto del Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC es mucho menos preciso que el del Artículo 10.1: la obligación se refiere a proteger dichas compilaciones “como tales”, pero sin hacer referencia al Artículo 2.5) del Convenio de Berna ni a ese Convenio en general. Puesto que las compilaciones de este tipo caen fuera del alcance del Artículo 2.5) del Convenio de Berna, el Artículo 10.2 parece ser una obligación independiente que pertenece únicamente al Acuerdo sobre los ADPIC. Esto plantea preguntas interesantes que no tienen una respuesta clara: si esas compilaciones no se asimilan a las colecciones previstas en el Artículo 2.5) del Convenio de Berna ¿cómo puede existir la obligación de aplicarles los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna? El requisito previsto en el Artículo 10.2 de conferirles protección “como tales” resulta bastante vago y, con arreglo al requisito respecto del trato nacional previsto en el Artículo 3.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los miembros de ese Acuerdo tendrían la libertad de fijar el nivel de protección de esas compilaciones según les convenga. En este contexto, el Artículo 13 quedaría inutilizado, puesto que el único derecho exclusivo respecto del cual podría aplicarse sería el de arrendamiento previsto en el Artículo 11 y que, en cualquier caso, no se aplica a las compilaciones.

b) El Acuerdo sobre los ADPIC y la Convención de Roma

Con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC los Miembros no están obligados a aplicar las disposiciones de la Convención de Roma a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión: con arreglo al Artículo 3.1, únicamente se exige a los miembros que apliquen los derechos conferidos en virtud del propio Acuerdo sobre los ADPIC y que figuran en el Artículo 14.1 a 5 que prevé los mismos requisitos que contempla la *Convención de Roma* y en algunos aspectos los supera. En el Acuerdo sobre los ADPIC la cuestión de las excepciones a estos derechos se trata en dos lugares, estableciendo vínculos con los requisitos de la Convención de Roma de la manera siguiente:

1. El Artículo 3.1, que prevé el trato nacional y especifica que estará sujeto a las excepciones previstas en la Convención de Roma.

2. El Artículo 14.6 también se ocupa de excepciones, con la redacción siguiente:

“En relación con los derechos conferidos por los párrafos 1, 2 y 3, todo miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma...”

Estos elementos no parecen añadir nada nuevo a la obligación general del Artículo 3.1.

En consecuencia, los miembros sólo pueden prever limitaciones y excepciones dentro de las categorías enumeradas en el Artículo 15.1) y 2) de la Convención de Roma (véase más arriba).

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DEL WCT

En el WCT las limitaciones y excepciones se abordan de dos maneras, y ambas incorporan la prueba del criterio triple. La primera, en virtud del Artículo 1.4), es indirecta, mientras que la segunda se realiza en forma expresa en virtud del Artículo 10. Será necesario examinar separadamente esas disposiciones.

En virtud del Artículo 1.4)

Esta disposición es análoga a la del Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC y se aplica directamente al derecho de reproducción, pues exige a las Partes Contratantes que cumplan con los Artículos 1 a 21 y el Apéndice del Convenio de Berna. En consecuencia, si un Miembro no es Parte Contratante del Convenio de Berna, igualmente tendrá que aplicar la prueba del criterio triple al derecho de reproducción en virtud del Artículo 9.2) del Convenio de Berna. Sin embargo, resulta más problemático el efecto de una “declaración concertada” respecto del Artículo 1.4 del WCT, adoptada en 1996 por la misma Conferencia Diplomática que adoptó el texto de ese Tratado y que supone la eventual ampliación del ámbito de aplicación del Artículo 9.1) y 2) mediante la interpretación siguiente:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna.”

A primera vista, esta declaración eliminaría cualquier duda que pudiera plantearse acerca de si el derecho de reproducción previsto en el Artículo 9.1) del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del Artículo 9.2) se aplican a los usos digital/electrónico. No queda claro si esa interpretación era necesaria en vista de la redacción del Artículo 9.1), en particular en lo relativo al “derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”. Sin embargo, puesto que el Artículo 9.1) se adoptó algunos años antes del desarrollo de la tecnología digital, se consideró necesario, o al menos útil, delimitar claramente el alcance del derecho de reproducción. Así pues, la propuesta básica de WCT incluía un artículo sobre el derecho de reproducción que figuraría

en ese Tratado¹²⁴. Allí se declaraba que el derecho exclusivo del Artículo 9.1) del Convenio de Berna incluye “la reproducción directa e indirecta [...], tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”. En la Conferencia Diplomática de 1996 (en la Comisión Principal I) se mantuvieron muchos debates acerca de la necesidad de este Artículo y respecto de otra propuesta de introducir limitaciones al derecho de reproducción en el caso de reproducciones provisionales, cuando su único propósito sea “hacer que la obra sea perceptible, o cuando la reproducción sea de naturaleza efímera o accidental, siempre que dicha reproducción tenga lugar durante la utilización de la obra que esté autorizada por el autor o permitida por la ley”¹²⁵. Si bien parecía haber apoyo general a la primera parte del artículo propuesto, los delegados tenían opiniones diferentes acerca del significado y el alcance de la segunda parte, especialmente teniendo en cuenta sus propias leyes nacionales¹²⁶. Por lo tanto, finalmente se decidió que sería preferible dejar esas cuestiones dentro del alcance del Artículo 9 del Convenio de Berna, con el complemento de una “declaración concertada” como la que se citó más arriba. La importancia de la declaración, desde el punto de vista del derecho internacional, debe examinarse en tres contextos: en primer lugar como un eventual acuerdo entre las partes en la Conferencia Diplomática sobre la interpretación y aplicación de una disposición del WCT (el Artículo 1.4)); en segundo lugar, como un posible acuerdo posterior entre las partes en el Convenio de Berna sobre la interpretación y aplicación de una disposición de ese Convenio (el Artículo 9); y en tercer lugar, como un eventual acuerdo posterior entre las partes en el Acuerdo sobre los ADPIC sobre la interpretación y aplicación de una disposición incorporada en ese Acuerdo (el Artículo 9 del Convenio de Berna).

En el marco del WCT

Por tratarse de un acuerdo sobre una disposición del Tratado (Artículo 1.4)) concertado entre las partes en relación con la adopción de ese tratado, la declaración concertada forma parte del “contexto” del tratado (de conformidad con el Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena*). Por lo tanto, las partes contratantes en el WCT pueden utilizarla como guía en su interpretación y aplicación de la obligación correspondiente en virtud del Artículo 1.4) del WCT para cumplir con los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (incluyendo el Artículo 9). En otras palabras, además de cualquier obligación que esos Estados puedan tener conforme al propio Convenio de Berna, las partes en el WCT exigirán la interpretación del Artículo 9 del Convenio de Berna *por estar incorporado en el WCT*, de conformidad con lo establecido en la declaración concertada.

La única dificultad de dar esta interpretación a la declaración concertada es que el Artículo 31.2.a) exige que un acuerdo de esa índole haya sido “concertado” entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado, y no fue así con respecto a la declaración concertada sobre el Artículo 1.4). En las *Actas de la Conferencia* se indica expresamente que la declaración fue adoptada por el voto de la mayoría, y no por consenso (51 votos a

¹²⁴ *Actas de la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ginebra 1996, OMPI, Ginebra 1999, Volumen I, p. 189 (que sería el Artículo 7.1) del WCT.)

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ Véase, en particular, el resumen del Presidente del primer debate sobre este proyecto de Artículo en la Comisión Principal I en *Actas, op. cit.*, pp. 674 y 675.

favor, 5 contra y 30 abstenciones)¹²⁷. Aparentemente, no conformaba a la minoría la segunda frase de la declaración relativa al almacenamiento en medios electrónicos. Si bien durante los debates de la Comisión Principal I hubo “consenso” respecto de la primera frase¹²⁸, no fue así con respecto a la segunda. Sin embargo, en la sesión plenaria de la Conferencia, la Declaración se votó en su conjunto, es decir que no puede decirse que la primera o la segunda parte fueran concertadas “entre todas las partes” conforme a lo establecido en el Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena*. De ahí que esta falta de unanimidad relegue la importancia de ambas frases de la declaración concertada a la categoría de ayuda para la interpretación de las obligaciones dimanantes del WCT en virtud del Artículo 1.4) y en relación con el Artículo 9.1) y 2) del Convenio de Berna¹²⁹. Esto mismo expresaron distintos delegados durante los debates mantenidos en la Comisión Principal I¹³⁰ y, si bien la mayoría de los delegados (encabezados por los EE.UU.) insistieron en que la cuestión fuera objeto de voto, no queda claro qué pretendían lograr. El Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena* es bien claro con respecto a la necesidad de unanimidad, y no cabe pensar que los delegados en una conferencia diplomática puedan cambiar su interpretación de manera unilateral, como para permitir que un voto por mayoría goce de la misma condición que daría el consenso. En cuanto a la interpretación de los tratados, la importancia de esa declaración concertada debería encontrarse en el marco del Artículo 32, como medio de interpretación complementario cuando la interpretación resultante de la aplicación del Artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. A la luz de lo antedicho, podría considerarse que la declaración concertada aprobada por mayoría forma parte de “las circunstancias de su celebración [del tratado]”¹³¹.

El argumento expuesto en el párrafo anterior acerca de la correcta aplicación del Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena* no recoge la aceptación de todos los estudiosos del WCT. Así pues, el Dr. Ficsor, en su distinguido comentario, sostiene que la aceptación por mayoría de una declaración concertada debería ser suficiente, si se tiene en cuenta la regla de la mayoría de dos tercios aplicable para la adopción del texto de un tratado conforme al Artículo 9.2 de la *Convención de Viena*¹³². El Dr. Ficsor también observa que un principio similar se adoptó en el reglamento de la Conferencia Diplomática de 1996 (Artículo 34.2)iii), y sostiene lo siguiente:

“Constituiría una interpretación absurda y, por lo tanto, inaceptable de la Convención de Viena considerar que una disposición del tratado podrá ser adoptada por esa mayoría, pero que una declaración concertada exigirá el consenso unánime. Asimismo, en el caso de una declaración concertada, evidentemente es suficiente que sea adoptada por “todas las partes” (es decir, en primer lugar en la sesión de la Comisión competente y luego en el plenario), antes que en un foro independiente en el que no están presentes todas las partes. No se exige

¹²⁷ *Actas de la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos (Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions)*, Ginebra 1996, OMPI, Ginebra 1999, volumen II, página 628 (disponible únicamente en inglés).

¹²⁸ *Actas, op.cit.*, pp. 784 a 798.

¹²⁹ *Actas, op.cit.*, pp. 628 y 629.

¹³⁰ *Actas, op.cit.*, p. 789 (Delegado de Côte d'Ivoire), pp. 791 y 792 (Delegado de Filipinas).

¹³¹ Sería difícil considerarlo como parte de “los trabajos preparatorios del tratado”, aunque haya surgido claramente de la labor de la Conferencia Diplomática encaminada a finalizar y adoptar el texto del WCT.

¹³² Véase Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford, 2002, pp. 446 y 447.

que las partes la adopten por consenso; deberá simplemente ser adoptada según la mayoría prescrita por el reglamento de la Conferencia Diplomática (fijada en armonía con lo dispuesto en la Convención de Viena).”¹³³

Si bien la opinión del Dr. Ficsor es sólida, cabe examinar los siguientes argumentos en contra, comenzando por su referencia al principio de la mayoría de dos tercios, es decir, el Artículo 34.2)iii) del reglamento de la Conferencia Diplomática de 1996, que establece que, de no ser posible el consenso, las decisiones siguientes requerirán mayoría de dos tercios de las Delegaciones Miembros presentes y votantes: “[...] la adopción por la Conferencia en sesión plenaria, del tratado”. Sin embargo, la declaración concertada respecto del Artículo 1.4) no es el “tratado” según el significado del Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena*; antes bien, se trata de un “acuerdo que se refier[e] al tratado”, y el requisito de que se trate de un acuerdo concertado “entre todas las partes” es inequívoco. A este respecto, no es intrínsecamente absurdo ni inaceptable exigir el consenso acerca de la interpretación de una disposición de un tratado, aunque éste pueda adoptarse mediante una mayoría de dos tercios, de conformidad con el Artículo 9.2 de la *Convención de Viena*. También cabe observar que esta disposición es clara en cuanto a que se refiere a la votación para la “adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional”. No puede considerarse que un acuerdo sobre la interpretación de una disposición de ese tratado sea el “texto de un tratado”; antes bien, como lo indica el Artículo 31.2.a), forma parte del “contexto” de ese tratado a los efectos de su interpretación.

Uno de los comentarios más importantes sobre la *Convención de Viena*, el de Sinclair, no se refiere directamente a la cuestión de si el Artículo 31.2.a) exige la unanimidad, pero cabe destacar que en su análisis general del Artículo 31.2) cita casos de esos acuerdos que se efectuaron por unanimidad¹³⁴. La unanimidad también es un requisito que figura en otras disposiciones de la *Convención de Viena*, por ejemplo, en el Artículo 20.2 relativo a las reservas no autorizadas de otra forma por el tratado, en el Artículo 44 relativo al retiro total o parcial de una parte en el tratado, en el Artículo 54.b) relativo a la terminación o retiro del tratado de una forma que no sea conforme a las disposiciones del tratado y en el Artículo 59.1) como una condición previa a la suspensión de un tratado anterior, cuando todas las partes celebran un tratado posterior. En consecuencia, se sostiene que la mejor interpretación es que la referencia a “todas las partes” del Artículo 31.2.a) significa exactamente eso: debe haber consenso acerca de la interpretación que figura en la declaración concertada para que sea considerada parte del “contexto” del tratado a los efectos de su interpretación.

Aceptando, entonces, que puede haber opiniones divergentes sobre la caracterización correcta de la declaración concertada aprobada por mayoría respecto del Artículo 1.4) del WCT, ¿qué diferencias prácticas se desprenden de ello?

¹³³ *Ibid.*, traducción de la Oficina Internacional, página 447 del original en inglés.

¹³⁴ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties, Melland Schill Monographs in International Law*, Manchester University Press, segunda edición, 1984, página 129. Sinclair cita la declaración relativa a la prohibición de coerción militar, política o económica para la celebración de los tratados, adoptada por la Conferencia Diplomática de la propia *Convención de Viena* y sugiere que otro ejemplo serían los informes de expertos adoptados por unanimidad en las convenciones celebradas por el Consejo de Europa.

1. Según Ficsor, si cae dentro del alcance del Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena*, formará parte del “contexto” del WCT y, por lo tanto, las partes contratantes deberán tenerla en cuenta y aplicarla en su interpretación del WCT y, en particular, en la incorporación del Artículo 9 del Convenio de Berna en sus legislaciones nacionales. Es decir que si una parte contratante no reconociera los usos digitales como parte del derecho de reproducción, incurriría en el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en virtud del Artículo 1.4) del WCT.

2. Por otra parte, si no se trata de un acuerdo en el sentido del Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena*, sólo será pertinente a los defectos del Artículo 32 y se producirán las consecuencias siguientes: si el país A (que es parte en el WCT, aunque no necesariamente en el Convenio de Berna y por lo tanto está obligado por el Artículo 1.4) a cumplir con el Artículo 9 del Convenio de Berna) tiene dudas en cuanto a si el derecho de reproducción cuya protección se exige en virtud del Artículo 9.1) incluye los usos digitales, ese país podría remitirse a la declaración concertada como medio de interpretación complementario, en caso de una eventual “ambigüedad” u “oscuridad” en la interpretación del Artículo 9, y aplicando el Artículo 32 de la *Convención de Viena*. En ese caso, el país A podría tomar en consideración la interpretación de la mayoría, incorporada en la declaración concertada respecto del Artículo 1.4) y cambiar su legislación nacional en consecuencia. Por otra parte, el país A no estaría obligado a adoptar la interpretación de la mayoría (a menos que, naturalmente, esa interpretación haya quedado cristalizada en la práctica estatal ulterior, como prevé el Artículo 31.3.b)). En otras palabras, en lo que respecta al Artículo 1.4) del WCT, corresponderá a las partes contratantes atribuir o no efecto a la interpretación que figura en la declaración concertada.

En el marco del propio Convenio de Berna

La declaración concertada respecto del Artículo 1.4) del WCT también puede resultar vinculante para los Estados que son parte en el Convenio de Berna, en calidad de “acuerdo posterior” entre “las partes”, en lo relativo a la interpretación de ese tratado (Convenio de Berna) o la aplicación de sus disposiciones (en este caso, el Artículo 9), y en conformidad con el principio de interpretación incorporado en el Artículo 31.3.a) de la *Convención de Viena*. A diferencia del Artículo 31.2.a), el Artículo 31.3.a) no menciona el hecho de que un acuerdo posterior tenga que celebrarse entre “todas las partes” y, por lo tanto, podría sostenerse que la declaración concertada representa un acuerdo posterior sobre la interpretación del Artículo 9 por todos los Estados parte en el Convenio de Berna que “concertaron” la declaración en la Conferencia Diplomática de 1996, además de las nuevas adhesiones al WCT por países que son parte en el Convenio de Berna y que, por lo tanto, aceptan la declaración como parte de su adhesión a ese Tratado. La consecuencia de lo antedicho sería la creación de una especie de subunión entre las partes en el Convenio de Berna acerca de la cuestión concreta de la interpretación del Artículo 9, obligando a esas partes a aplicar recíprocamente esa interpretación, con independencia de las obligaciones en la materia que se desprendan del WCT. Ello no surtiría efecto sobre las obligaciones recíprocas de las partes en el Convenio de Berna que no lo sean en el WCT.

En el marco del Acuerdo sobre los ADPIC

Por último, la declaración concertada respecto del Artículo 1.4) podría surtir efecto en relación con el Acuerdo sobre los ADPIC, como un acuerdo ulterior entre las partes a los

efectos del Artículo 31.3.a) de la *Convención de Viena*. Con arreglo al Artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC (así como en el WCT) se exige que las partes cumplan con los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna y, por lo tanto, podría sostenerse que la declaración concertada respecto del Artículo 1.4) del WCT funciona como un acuerdo ulterior entre las partes en el Acuerdo sobre los ADPIC que también son signatarias del WCT, con respecto a la interpretación que cabe dar al Artículo 9 del Convenio de Berna *como parte* del Acuerdo sobre los ADPIC, y lo mejor será considerar que la declaración concertada no es pertinente a las obligaciones que surgen del Artículo 9 de ese Acuerdo.

En virtud del Artículo 10

A diferencia del Artículo 1.4), en el texto del Artículo 10 figura claramente la prueba del criterio triple y podría tener un ámbito de aplicación mucho más amplio que el simple derecho de reproducción (un ejemplo evidente a este respecto es el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC). El Artículo 10 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”

El ámbito de aplicación de esos dos párrafos varía. El menos problemático es el primero, que se aplica sólo a los derechos que habrán de conferirse en el marco del WCT, a saber, los nuevos derechos de distribución (Artículo 6), de alquiler (Artículo 7 del WCT) y de comunicación al público (Artículo 8). Al utilizar exactamente el mismo lenguaje empleado en el Artículo 9.2) del Convenio de Berna en relación con los derechos de reproducción, parece lógico que podamos remitirnos a las interpretaciones elaboradas respecto de ese Artículo, aunque en este caso será necesario tener en cuenta lo dispuesto en una declaración concertada adoptada al mismo tiempo por la Conferencia Diplomática de 1996 (véase más adelante).

Por otra parte, el Artículo 10.2) es más problemático, puesto que, como el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, se aplica a todos los derechos protegidos en virtud del Convenio de Berna y lo aclara expresamente: “Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes...” ¿Qué significa esto en lo relativo a las limitaciones y excepciones previstas en el Convenio de Berna? Al parecer este Artículo introduce otro requisito que las Partes Contratantes del WCT deberán cumplir al aplicar las obligaciones dimanantes del Convenio de Berna, es decir que las limitaciones y excepciones deberán estar sujetas a la prueba del criterio triple, más allá de las condiciones que figuren en esas disposiciones. De hecho, esto mismo se declara en la propuesta básica para la Conferencia Diplomática de 1996, en la que se sugirió que el Artículo 10.2) (y, por inferencia, el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC) podría suponer restricciones aun mayores al alcance de las excepciones admisibles respecto de esos derechos. En esa propuesta también se sostuvo que lo mismo podría plantearse en el caso de la categoría indeterminada de las “reservas menores”. Así pues, en la propuesta básica se indicaba que en virtud del

Artículo 10.2) del WCT ya no se permitiría aplicar una reserva menor en virtud de la legislación nacional que excediera los límites establecidos por la prueba del criterio triple¹³⁵.

“Cabe mencionar que este Artículo no tiene por objetivo impedir que las Partes Contratantes apliquen limitaciones y excepciones tradicionalmente consideradas como aceptables en el Convenio de Berna. No obstante, es evidente que no todas las limitaciones incluidas actualmente en las diversas legislaciones nacionales corresponderán a las condiciones que se proponen actualmente. En un entorno digital, las “reservas menores” en regla podrán de hecho socavar aspectos importantes de la protección. Incluso las reservas menores deben ser consideradas con sentido común y razón. No hay que olvidarse del objeto de la protección.”¹³⁶

En los debates mantenidos en la Comisión Principal I de la Conferencia Diplomática de 1996, quedó claro que algunos delegados consideraban que el Artículo 10.2) (posteriormente Artículo 12.2)) tenía un efecto amplio, a saber, que podía limitar demasiado las excepciones existentes en esferas fundamentales de la sociedad¹³⁷, y que esas limitaciones no debían quedar restringidas simplemente por pasar de un formato físico a uno digital¹³⁸. Además de la cuestión de las “reservas menores”, un delegado (de Singapur) señaló la posibilidad de que el Artículo 10.2) pudiera limitar lo que ya se permite en los siguientes Artículos del Convenio de Berna, a saber, los Artículos 2.4), 2.8), 2bis.1), 10.1), 10bis.1), 10bis.2) y 11bis.2) con la consecuencia de que el Artículo 10.2) estaría incumpliendo con el Artículo 20 del Convenio de Berna¹³⁹. Sin embargo, otras delegaciones pensaron que el Artículo 10.2) no afectaría las limitaciones y excepciones existentes de ninguno de los dos modos, aunque fuese posible extrapolarlas al entorno digital.

El texto final del WCT atiende esas inquietudes mediante disposiciones expresas del propio Tratado y con la ayuda de una declaración concertada del tipo ya examinado en el presente documento. Así pues, en virtud del Artículo 1.1), se declara que el WCT es un “acuerdo especial” en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna, que indica que el WCT se interpretará de acuerdo con los criterios expresados en esa disposición, es decir, en el sentido de que sólo concede a los autores derechos más amplios que los que se conceden en el Convenio, o en el sentido de que no contiene disposiciones contrarias al Convenio de Berna. El Artículo 1.2) sigue entonces el espíritu del Artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, al disponer que “ningún contenido del presente Tratado deroga las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna...”. Puesto que ser parte del Convenio de Berna no es un requisito previo para ser parte en el WCT, el Artículo 1.4) cierra el círculo exigiendo que todas las Partes Contratantes cumplan con los Artículos 1 a 21 y con el Apéndice del Convenio de Berna (véase más adelante).

Además de lo antedicho, cabe destacar la siguiente declaración concertada respecto del Artículo 10, adoptada por la Conferencia Diplomática de 1996:

¹³⁵ Teniendo en cuenta la interpretación *de minimis* de las reservas menores sugerida anteriormente, sería poco probable que ello sucediera.

¹³⁶ Actas, *op. cit.*, página 214.

¹³⁷ Actas, *op.cit.*, página 704 (Delegado de Dinamarca).

¹³⁸ Actas, *op.cit.*, página 705 (Delegado de la India).

¹³⁹ Actas, *op.cit.*, página 705.

“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 de red digital.

También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.”

A diferencia de la declaración concertada respecto del Artículo 1.4), esta declaración fue adoptada por consenso en la Conferencia Diplomática de 1996 y, por lo tanto, puede ser considerada como parte del contexto del WCT a los efectos del Artículo 31.2.a) de la *Convención de Viena*. Dicho esto, la declaración concertada no parece ser de gran ayuda para la comprensión de los efectos del Artículo 10. A este respecto pueden formularse los comentarios siguientes:

1. No tiene aplicación directa con respecto al Artículo 10.1), que se refiere únicamente a los nuevos derechos creados en el marco del Tratado de 1996. Sin embargo, cabe recordar que el nuevo derecho de comunicación previsto en el WCT incluye necesariamente los derechos cubiertos por el Artículo 11*bis*.1) del Convenio de Berna, que están sujetos a la imposición de condiciones permitidas en virtud del Artículo 11*bis*.2), así como los derechos de comunicación al público que figuran en los Artículos 11.1)ii) y 11*ter*.1)ii). Por lo tanto, podría eventualmente surgir un conflicto entre lo que está permitido como excepción al Artículo 8 del WCT (aplicando la prueba del criterio triple) y lo que está permitido en virtud del Artículo 11*bis*.2). A este respecto, cabe observar que en el contexto del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC el Grupo Especial de la OMC sostuvo que el Artículo 13 no es de aplicación respecto del Artículo 11*bis*.2). Esto mismo parece pertinente al presente contexto: se exige a los signatarios del WCT que apliquen los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, sin la posibilidad de que el Artículo 10.1) del WCT permita la utilización gratuita respecto de los derechos especificados en el Artículo 11*bis*.1) del Convenio de Berna, en los casos en que el Artículo 11*bis*.2) exigiría una remuneración equitativa. Ello dejaría abierta la posibilidad de aplicar excepciones de utilización gratuita respecto de los derechos indicados en el Artículo 8 del WCT con un alcance más amplio de los que se especifican en el Artículo 11*bis*.2) del Convenio de Berna. A título de ejemplo puede citarse la difusión por Internet, que no constituiría radiodifusión (sin hilo) en el sentido del Artículo 11*bis*.1)i). Sin embargo, en el caso de la difusión por Internet, y en lo que respecta a las comunicaciones de sonidos (interpretaciones o ejecuciones de obras musicales y dramáticas y recitación de obras literarias), es posible que caigan dentro del alcance de los Artículos 11.1)ii) u 11*ter*.1)ii) del Convenio de Berna¹⁴⁰ y, por lo tanto, queden sujetas a la doctrina de las reservas menores. Si se considera, como sugirió el Grupo Especial de la OMC, que esa doctrina es compatible con la prueba del criterio triple, no surgirá problema alguno. Por otra parte, si se acepta (como se sostuvo más arriba) que el alcance de la doctrina de las reservas menores es más limitado que el de la prueba del criterio triple, se encontrará otra limitación a la aplicación de esta prueba a los derechos establecidos en el Artículo 8 del WCT.
2. Con respecto a las excepciones previstas en el Convenio de Berna (y entre ellas las excepciones al derecho de reproducción en virtud del Artículo 9.2)), el Artículo 10.2 del WCT no reduce ni amplía su alcance de aplicación (párrafo segundo de la declaración concertada).

¹⁴⁰ Véase Ficsor, página 495.

De los debates mantenidos en la Comisión Principal I de la Conferencia Diplomática de 1996 queda claro que la intención no fue modificar la situación creada por el Convenio de Berna, pero también queda claro que se aceptó que como mínimo algunas de las limitaciones y excepciones previstas en las legislaciones nacionales podían no satisfacer la prueba del criterio triple, aunque cayeran dentro del alcance ya sea de otras disposiciones expresas del Convenio de Berna, ya sea de la doctrina de las excepciones menores. Si bien las opiniones expresadas en la propuesta básica indican que se pretendía modificar las excepciones existentes, de ser necesario, para lograr conformidad con la prueba del criterio triple, esto no recogió la aceptación de los delegados, como lo confirma el texto del segundo párrafo de la declaración concertada. En consecuencia, no se exige a las partes en el WCT que modifiquen las limitaciones y excepciones que guarden coherencia con el texto actual del Convenio de Berna, aunque no se conformen a la prueba del criterio triple prevista en el Artículo 10.2).

Naturalmente, seguirá siendo discutible si algunas de las excepciones y limitaciones previstas en el Convenio de Berna, incluida la doctrina de las reservas menores, va de hecho más allá de los límites de la prueba del criterio triple, pero aunque así fuese, parece claro que la prueba del criterio triple no podrá dejarlas sin efecto.

3. En la declaración concertada también se contempla la ampliación al entorno digital de las limitaciones y excepciones que hayan sido consideradas “aceptables” en virtud del Convenio de Berna, siempre y cuando ello se haga “debidamente”. Sin embargo, cabe preguntarse ¿cuáles son “aceptables” y cómo es “debidamente”? Probablemente el término “aceptables” se refiera a las limitaciones y excepciones existentes que satisfagan los criterios actuales del Convenio de Berna, pero queda menos claro a qué se refiere “debidamente” en lo relativo al entorno digital: ¿y si la ampliación de las limitaciones y excepciones al entorno digital fuese conforme a los criterios pertinentes del Convenio de Berna, pero no satisficiera la prueba del criterio triple? El Artículo 10.2) indica que en esos casos debería aplicarse la prueba del criterio triple, pero el segundo párrafo de la declaración concertada podría plantear una dificultad, puesto que llevaría necesariamente a reducir el alcance de la excepción permitida en el Convenio de Berna, cosa que no debería ocurrir, como se desprende del segundo párrafo. Por el contrario, respecto del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC ya se ha sugerido en el presente documento que sería posible imponer la prueba del criterio triple como requisito adicional cuando la disposición pertinente del Convenio de Berna guardase silencio acerca de la cuestión, puesto que ello no supondría el incumplimiento del Artículo 2.2 de ese Acuerdo. Sin embargo, el segundo párrafo de la declaración concertada parece dejar de lado esta posibilidad.

4. La última cuestión que se contempla en la declaración concertada es el establecimiento de *nuevas* excepciones y limitaciones “que resulten adecuadas al entorno digital”. Por definición, esas utilidades no quedarán cubiertas ni por las excepciones o limitaciones existentes ni por las ampliaciones de éstas al entorno digital, sino que deben ser “nuevas”, en el sentido de ser distintas, limitaciones y excepciones que sean pertinentes debido al avance del entorno digital. Decir que se autoriza así la creación de nuevas limitaciones y excepciones al margen del régimen del Convenio de Berna sería dar una interpretación demasiado amplia al Artículo 10.2). La única posibilidad es que esas nuevas limitaciones y excepciones surja en el marco de la doctrina de las excepciones menores, en cuyo caso, es poco probable que deba invocarse la ayuda de la prueba del criterio triple, puesto que debería tratarse únicamente de excepciones *de minimis* que serán más limitadas que las condiciones de la prueba del criterio triple. Por lo tanto, es difícil dar alguna aplicación práctica a esta parte de la declaración concertada. Si en el marco del WCT se previera un régimen distinto para nuevas limitaciones y excepciones, ello debería ser objeto de una disposición expresa de ese Tratado.

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIRTUD DEL WPPT

Como se trata de una cuestión relacionada con los derechos conexos, el convenio pertinente anterior es la Convención de Roma. De ahí que el Artículo 1.1) del WPPT sea una disposición de no derogación que estipula que ninguna disposición del Tratado irá en detrimento de las obligaciones que los países miembros tienen entre sí en virtud de la Convención de Roma. En cambio, contrariamente al Acuerdo sobre los ADPIC y al WCT, el WPPT no incorpora las disposiciones de la Convención de Roma ni exige la aplicación de sus disposiciones por los miembros del WPPT.

Por lo que se refiere a las limitaciones y excepciones, éstas se abordan en el Artículo 16 de la manera siguiente:

“1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”.

Es necesario leer estas disposiciones junto con las siguientes declaraciones concertadas que fueron adoptadas en la Conferencia de 1996. La primera se relaciona con los Artículos 7 (derecho de reproducción de los artistas intérpretes o ejecutantes) y 11 (derecho de reproducción de los productores de fonogramas) así como con el Artículo 16, y dice lo siguiente:

“El derecho de reproducción, según queda establecido en los Artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos”.

La Segunda declaración concertada se relaciona únicamente con el Artículo 16 y dice lo siguiente:

“La declaración concertada relativa al Artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica *mutatis mutandis* al Artículo 16 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.”

La interpretación y la aplicación de las disposiciones antes citadas están lejos de ser claras, pero se pueden formular las siguientes observaciones al respecto:

1. Con arreglo al Artículo 16.1), el alcance de las limitaciones y excepciones impuestas a la protección concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en

virtud de la legislación nacional es comparable al de las limitaciones y excepciones aplicables en virtud de las leyes nacionales a las obras literarias y artísticas. Indirectamente, ello debe remitir a las disposiciones del Convenio de Berna, del Acuerdo sobre los ADPIC y del WCT (si el país en cuestión es miembro de alguno o de todos estos acuerdos) porque es de suponer que las leyes del país en cuestión son compatibles con estos instrumentos. Cabe hacer una observación con respecto a la redacción del Artículo 16.1): éste no se refiere a los derechos que han de protegerse en virtud del WPPT (cuestión definida en el Artículo 16.2)) sino a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en virtud de las leyes nacionales. Esta protección puede ser de mayor alcance que la prevista en el WPPT, pero el Artículo 16.1) armoniza los confines de las limitaciones y excepciones permisibles con los previstos en las leyes nacionales respecto de las obras literarias y artísticas. Cabe recalcar que no hay nada en el Artículo 16.1) que *exija* a los países miembros hacer esto: pueden perfectamente hacer que las limitaciones y excepciones impuestas a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas sean más restringidas que las aplicables a las obras literarias y artísticas.

2. Si el país en cuestión es un signatario de la Convención de Roma, puede surgir un conflicto entre el Artículo 16.1) del WPPT y el Artículo 15 de la Convención de Roma. Tal como se ha dicho antes, por lo menos una de las excepciones - el uso privado - previstas en el Artículo 15.1a) de la Convención puede rebasar lo permitido en el Convenio de Berna y por lo tanto en las leyes nacionales con respecto a las obras literarias y artísticas. En la medida en que esto sea así, una adhesión total al Artículo 16.1) del WPPT puede poner a un miembro de la Convención de Roma en ruptura con sus obligaciones en virtud del Artículo 15.1a) de esa Convención. Un argumento contrario sería decir que las excepciones previstas en el Artículo 15.1) no son obligatorias y que ninguna limitación del alcance de estas excepciones en virtud del Artículo 16.1) del WPPT irá en detrimento de las obligaciones que tienen entre sí los países parte en la Convención de Roma en virtud del Artículo 1.1) del WPPT.

3. El Artículo 16.2) del WPPT aborda específicamente los derechos previstos en el Tratado ya que estipula que cualquier limitación o excepción impuesta a estos derechos ha de acogerse a la prueba del criterio triple. Esto no plantea problema ninguno en el sentido de que está implícito y no remite a las disposiciones de ningún otro tratado o ley nacional. En cambio, en la medida en que los derechos que se han de proteger en virtud del WPPT se superponen a los derechos protegidos en virtud de la Convención de Roma, es posible que el tipo de conflicto definido en el párrafo 2 se plantee, particularmente con respecto al alcance de cualquier excepción relativa al uso privado. Al mismo tiempo, si la prueba del criterio triple exige una excepción o limitación más restringida, ello no debe ir en detrimento de las obligaciones que tengan entre sí los miembros de la Convención de Roma por la razón expuesta en ese párrafo - el Artículo 15.1) de la Convención de Roma es tan sólo permisivo y unas condiciones más restringidas seguirían siendo compatibles con sus requisitos.

4. No se ve claramente si las declaraciones concertadas realmente añaden algo en alguna u otra forma a los comentarios que acabamos de hacer, salvo para aclarar que las reproducciones en formato digital y en un medio electrónico están incluidas y que las limitaciones y excepciones se aplican también en el entorno digital como en el físico.

ADOPCIÓN DE LA PRUEBA DEL CRITERIO TRIPLE COMO DISPOSICIÓN “HORIZONTAL” QUE SE APLICA GENERALMENTE A LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

De lo que se ha analizado hasta ahora se deduce hasta qué punto la prueba del criterio triple se ha convertido en algo central en los convenios internacionales relacionados con el derecho de autor. Inicialmente como prueba de aplicación limitada en el marco del Convenio de Berna, ha llegado a ser ahora un modelo general para las limitaciones y excepciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, del WCT y del WPPT. Ello se ha producido más por accidente que por designio pues al presentarse inmediatamente como fórmula de primera mano, fácil de utilizar en el momento de las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC, una vez ocurrido esto, ya era inevitable que se la adoptara como prueba general en los convenios siguientes.

Si bien es conveniente establecer una uniformidad, esta situación no deja de presentar dificultades. En primer lugar, no es evidente que quien se encuentre al comienzo del proceso adopte inmediatamente la prueba del criterio triple como fórmula general para las limitaciones y excepciones. Por consiguiente, nuestro análisis anterior de la prueba del criterio triple estipulada en el Artículo 9.2) del Convenio de Berna revela que subsiste cierta incertidumbre en cuanto al significado y al alcance de cada uno de los criterios. En segundo lugar, será difícil aplicar cualquier fórmula general cuando ésta deba figurar junto con las disposiciones de un convenio anterior como el Convenio de Berna. Como hemos visto anteriormente, conjugar la fórmula general del criterio triple con las disposiciones específicas de un convenio anterior puede resultar difícil. En los dos cuadros siguientes se resume la situación del Acuerdo sobre los ADPIC y del WCT con referencia a los exámenes detallados antes efectuados de sus Artículos 13 y 10 respectivos.

Acuerdo sobre los ADPIC: Artículo 13 (léase verticalmente)

<i>DERECHOS EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC</i>	<i>DERECHOS EN VIRTUD DEL CONVENIO DE BERNA</i>	<i>EXCEPCIONES Y LIMITACIONES DEL CONVENIO DE BERNA: COMPATIBLES</i>	<i>EXCEPCIONES Y LIMITACIONES DEL CONVENIO DE BERNA: ACUMULATIVAS</i>	<i>EXCEPCIONES Y LIMITACIONES DEL CONVENIO DE BERNA: INAPLICABLES</i>	<i>OBJETO: COMPILACIONES DE DATOS Y OTRO MATERIAL</i>	<i>APLICACIONES EN EL ENTORNO DIGITAL</i>
Art. 11 (alquiler)	Arts. 8, 9, 11, 11bis, 11ter, 13, 14 (no Art. 6bis)	Art. 10	Art. 10bis	Arts. 11bis, 13, reservas menores	Art. 10(2), ADPIC	No se abordan específicamente
Prueba del criterio triple del ADPIC* se aplica automáticamente		Prueba del criterio triple del ADPIC se aplica al mismo contexto	Prueba del criterio triple del ADPIC <i>más</i> condiciones específicas del artículo en cuestión	Prueba del criterio triple del ADPIC no se aplica	Sólo se aplica la prueba del criterio triple del ADPIC	

* La referencia a la prueba del criterio triple del ADPIC significa: a) que se excluyen del tercer criterio las consideraciones relacionadas con los derechos morales y b) que es posible exigir un enfoque más equilibrado de las consideraciones normativas en virtud del segundo y tercer criterios.

WCT: Artículo 10 (léase horizontalmente)

<i>NUEVOS DERECHOS EN VIRTUD DEL WCT</i>	<i>ART 10.1)</i>	<i>LA PRUEBA DEL CRITERIO TRIPLE SE APLICA</i>	<i>TODAS LAS OBRAS CONSIDERADAS EN EL CONVENIO DE BERNA MÁS LOS PROGRAMAS INFORMÁTICOS Y LAS COMPILACIONES DE DATOS</i>	<i>SE APLICA EN EL ENTORNO DIGITAL Y TAMBIÉN EN EL FÍSICO</i>	<i>SON POSIBLES NUEVAS EXCEPCIONES FUERA DEL CONVENIO DE BERNA</i>
Derechos en virtud del Convenio de Berna (incluidos derechos morales)	Artículo 10.2)	La prueba del criterio triple se aplica únicamente cuando es compatible; de otro modo no se aplica*	Todas las obras consideradas en el Convenio de Berna más los programas informáticos	Se aplica en el entorno digital y también en el físico	No son posibles nuevas excepciones fuera del Convenio de Berna

* Ésta es consecuencia de la declaración concertada sobre el Artículo 10, donde se establece que no se reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

TIPO DE LIMITACIONES Y EXCEPCIONES PERMITIDAS POR LA PRUEBA DEL CRITERIO TRIPLE

Las leyes nacionales contienen por supuesto muchos ejemplos de limitaciones y excepciones, y en cuestiones referentes al cumplimiento de disposiciones de tratados, será necesario hacer en cada caso preguntas superpuestas:

1. En el caso de las obras, ¿es el país en cuestión parte en el Convenio de Berna, en el Acuerdo sobre los ADPIC y/o en el WCT?
2. Si se trata de un miembro del Convenio de Berna, ¿está la limitación o excepción de que se trata amparada por una de las disposiciones del Convenio de Berna?
3. Si el país es también miembro del Acuerdo sobre los ADPIC, ¿es la limitación o excepción de que se trata compatible con la prueba del criterio triple, suponiendo que la prueba se aplica en este caso (véase más arriba)?

4. Si el país también es miembro del WCT, ¿se impone la excepción o limitación en cuestión a un derecho implícito en el WCT, en cuyo caso se aplica la prueba del criterio triple?; si la excepción o limitación se refiere a un derecho implícito en el Convenio de Berna, la prueba no se aplica (véase más arriba).
5. En el caso de las interpretaciones o ejecuciones, los fonogramas y los organismos de radiodifusión, las limitaciones y excepciones deben cumplir con lo dispuesto en el Artículo 15 de la Convención de Roma.
6. Si el país es miembro del Acuerdo sobre los ADPIC, sea o no miembro de la Convención de Roma, debe cumplir con lo dispuesto en el Artículo 15 de la Convención de Roma.
7. Si el país es miembro del WPPT, la prueba del criterio triple se aplica a las limitaciones y excepciones impuestas a los derechos de los intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas implícitos en el WCT.

En consecuencia, la no aplicación de la prueba del criterio triple se dará únicamente en un número limitado de casos, particularmente los relativos al derecho de reproducción y a los nuevos derechos en virtud del WCT. No obstante, es útil ilustrar su aplicación por referencia a diferentes “tipos” de limitaciones y excepciones. En las leyes nacionales aparecen dos tipos opuestos que son i) las disposiciones abiertas y ii) las listas exhaustivas. Un ejemplo de las primeras es la disposición relativa al uso leal del Artículo 107 de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. de 1976; un ejemplo de las segundas es el Artículo 5 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, de la Comisión Europea. Una posición intermedia se encontraría en la Ley de derecho de autor de Australia de 1968. A continuación se explican estas disposiciones con mayor detalle por cuanto se refiere a la aplicación de la prueba del criterio triple.

- a) Disposición relativa al uso leal en el marco del Artículo 107 de la Ley de derecho de autor de los EE.UU. de 1976

Esta disposición dice lo siguiente:

“No obstante lo estipulado en los Artículos 106 y 106A, el uso leal de una obra amparada por el derecho de autor, incluido el uso mediante reproducción en copias o grabaciones audio o mediante cualquier medio especificado en dicho Artículo, con fines tales como la crítica, el comentario, el reportaje informativo, la enseñanza (incluidas las copias múltiples para usos escolares), las becas o la investigación no es una infracción del derecho de autor. Al determinar si el uso hecho de una obra en un caso particular constituye un uso leal, los factores que cabe considerar son los siguientes:

- “1) la finalidad y el carácter del uso, incluso si dicho uso es de carácter comercial o con fines educativos no de lucro;
- 2) la naturaleza de la obra amparada por el derecho de autor;
- 3) el volumen de la parte utilizada en relación con la obra en su conjunto; y

4) el efecto del uso en el mercado potencial o en el valor de la obra amparada por el derecho de autor.

“El hecho de que una obra no esté publicada no impedirá llegar a la conclusión de que se ha hecho un uso leal de la misma siempre que se consideren todos los factores antes citados.”

Esto se aplica a todos los derechos exclusivos amparados por el Artículo 106 de la Ley, aunque indudablemente su principal aplicación hasta ahora ha sido en relación con los derechos de reproducción. Contrariamente al Artículo 5 de la Directiva de la Comunidad Europea (véase más adelante), esta disposición es abierta en cuanto a la finalidad del acto o del uso que esté permitido, si bien se indican ciertas finalidades a modo ilustrativo. Por otro lado, prevé un enfoque caso por caso, incluyendo directrices para ayudar a determinar la cuestión de la lealtad. Además surge la ventaja evidente de la flexibilidad: se permiten nuevos tipos de usos a medida que van surgiendo sin tenerlos que prever desde el punto de vista legislativo. ¿Cumple una disposición de esta índole con la prueba del criterio triple? A este respecto, cabe recordar que algunos usos específicos previstos en el Artículo 107 pueden ser compatibles con otras disposiciones específicas del Convenio de Berna, tales como los Artículo 10 y 10*bis*, en todos los casos.

¿Determinados casos especiales?

¿Son los usos previstos en el Artículo 107 “determinados casos especiales” amparados por el primer criterio de la prueba de los tres criterios? Se especifican ciertas finalidades a modo ilustrativo, tales como la crítica, el comentario, el reportaje informativo, la enseñanza (incluidas las copias múltiples para uso en las escuelas), las becas o la investigación. En primer lugar, cada uno de éstos podría considerarse como insuficiente en su alcance y claramente definido, aunque lo que se permita en última instancia en virtud del Artículo dependerá de si se cumplen las directivas contenidas en la disposición. No obstante, estos sólo son ejemplos de lo que puede surgir del Artículo 107 y lo que plantea problemas en relación con la prueba del criterio triple son los “otros” fines previstos en el Artículo. ¿Constituye el “uso” con un fin distinto de los previstos en el Artículo un “determinado caso especial”? En otras palabras, ¿puede un uso caracterizarse de esta manera simplemente porque es “leal”? Evidentemente, el carácter leal o de otra índole del uso deberá justificarse por referencia a las orientaciones dadas en ambas disposiciones, pero estos son factores que parecen corresponder más al segundo y tercer criterios de la prueba del criterio triple. No obstante, subsiste la cuestión de si “la lealtad” es un criterio suficientemente definido pero insuficiente en cuanto a su alcance a los efectos de la primera parte de la prueba de los tres criterios.

A primera vista, la respuesta a la pregunta parece ser “no”: “la lealtad” es un criterio insuficientemente claro como para cumplir con la primera etapa de la prueba del criterio triple. Ante esto se puede alegar que el uso nunca será “leal” por sí solo: su calidad de leal sólo se establecerá si está ligado a un propósito identificado que responda a las orientaciones de las otras dos disposiciones. Cuanto más general y menos definido sea el propósito, menos probabilidades habrá para que sea leal. La única dificultad será saber por adelantado qué propósitos, distintos de los mencionados, cumplirá este requisito y, a este respecto, se puede alegar que la razón que justifica esta primera parte de la prueba es precisamente para evitar esta falta de determinación, de manera que quede claro desde un comienzo qué propósito ha de cumplir esta excepción particular. A este respecto, cabe invocar los antecedentes del

Artículo 9.2) del Convenio de Berna: la finalidad de la Conferencia de Estocolmo al adoptar la frase “determinados casos especiales” era abarcar las excepciones en vigor al derecho de reproducción que figuraban en las leyes nacionales, garantizando que éstas tuviesen “propósitos claramente especificados”. Por consiguiente, es poco probable que los “otros propósitos” indeterminados amparados por el Artículo 107 cumplan con los requisitos del primer criterio de la prueba del criterio triple, aunque siempre es posible que, en un caso dado, encuentren apoyo en virtud de otras disposiciones del Convenio de Berna, tales como los Artículos 10 y 10bis.

¿Conflicto con la explotación normal de la obra?

Las orientaciones dadas en el Artículo 107 parecen coherentes con el segundo criterio, incluida la referencia a consideraciones normativas económicas y no económicas. En éstas se indica que el tribunal ha de efectuar una evaluación caso por caso y que se pueden considerar otros factores además de los especificados. A este respecto, puede surgir cierta incertidumbre, aunque la piedra de toque definitiva es que el uso debe ser “leal”. No obstante, ciertos sistemas nacionales pueden considerar que un enfoque de esa índole es demasiado abierto y subjetivo.

¿Perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor/titular del derecho?

Es menos evidente que esta parte de la prueba del criterio triple se aborde en el Artículo 107. En particular, no hay ninguna referencia expresa a los intereses no pecuniarios de los autores que son claramente pertinentes para los efectos del Artículo 9.2) del Convenio de Berna, aunque están excluidos de los propósitos del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. A este respecto, la referencia a obras no publicadas en la última frase del Artículo 107 indica que se puede dejar de lado una preocupación importante de los autores, relativa a la difusión o divulgación no autorizada de sus obras, si se satisfacen los demás requisitos enunciados en el Artículo. Además, no hay ninguna referencia expresa en el Artículo a la necesidad de asegurarse de que el perjuicio causado al autor, sea éste económico o no, sea proporcionado o justificado, aunque posiblemente el primer factor se relacione con esas cuestiones.

Conclusiones

Posiblemente cualquier aplicación del Artículo 107 en el ámbito judicial satisfaga la prueba del criterio triple en la práctica; el verdadero problema es que se trata de una disposición demasiado general y abierta. Lo que aquí se indica al menos es que su formulación plantea problemas con respecto a los propósitos no especificados (primer criterio) y con respecto a los intereses legítimos del autor (tercer criterio).

b) Lista exhaustiva: Artículo 5 de la Directiva de la Comunidad Europea

Este Artículo se sitúa al otro extremo del espectro y conviene citarlo en su integridad para marcar el contraste.

“Artículo 5

Excepciones y limitaciones

1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el Artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

- a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario,
o
- b) una utilización lícita

de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el Artículo 2.

2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el Artículo 2 en los siguientes casos:

- a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

- b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el Artículo 6;

- c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;

- d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional;

- e) en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.

3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren 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, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

- 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 la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;
- d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;
- e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos;
- f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida en que lo justifique la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;
- g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública;
- h) cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos;
- i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material;
- j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;
- k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche;
- l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos;
- m) cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio;
- n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a

través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia;

o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente Artículo.

4. Cuando los Estados miembros puedan establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en virtud de los apartados 2 y 3, podrán igualmente establecer excepciones o limitaciones al derecho de distribución previsto en el Artículo 4, siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado.

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

Analizar una disposición como esta es más bien un proceso engorroso, habida cuenta de que, tal como ocurre con el Artículo 107 de la Ley de los EE.UU., puede haber justificaciones para ciertas excepciones en virtud de determinadas disposiciones del Convenio de Berna, tales como los Artículos 10 y 10*bis*. No obstante, la ventaja de contar con una lista extensa es que cada excepción y limitación es relativamente independiente y puede considerarse como un todo. Pero cabe la posibilidad de que algunas de éstas no cumplan los requisitos de la prueba del criterio triple. Un ejemplo de ello es el Artículo 5.2)a), en el que el uso no se limita por referencia a ninguna finalidad y es posible que no se cumplan los requisitos del primer criterio. Otro ejemplo es el Artículo 5.3)i) (uso incidental de obras), donde no hay límites aparentes con respecto al tipo de uso incidental que está permitido. Pero aun cuando puedan hacerse estas observaciones, sigue siendo necesario para los miembros de la Comunidad Europea observar la prueba del criterio triple debido al Artículo 5.5) que funciona como un requisito absoluto. De ahí que, incluso en los casos en los que no se hace referencia a la necesidad de pagar una remuneración equitativa, puede ser necesario imponer dicho requisito con el fin de cumplir con el tercer criterio: los ejemplos pertinentes serían el Artículo 5.3)b) (usos por personas con minusvalías), e) (usos con fines de seguridad pública) y g) (uso durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales).

La única excepción prevista en el Artículo 5 que puede plantear problemas evidentes es el Artículo 5.3)k) – uso a efectos de “caricatura, parodia o pastiche”. Esta excepción no corresponde a ninguna de las excepciones específicas reconocidas por el Convenio de Berna, aunque es concebible que pueda plantearse en virtud del Artículo 9.2) en relación con las reproducciones y podría del mismo modo justificarse como una reserva menor con respecto a los derechos de interpretación o ejecución y de radiodifusión. No obstante, ello tendrá que ser necesariamente así a los efectos tanto del Acuerdo sobre los ADPIC como del WCT, ya que ambos tratados no prevén que los miembros establezcan nuevas excepciones o limitaciones que estén fuera de lo que está permitido por el Convenio de Berna (véase más arriba).

Como principio general, la metodología adoptada en el Artículo 5 parece más razonable que la del Artículo 107 de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU.: las limitaciones y excepciones se especifican claramente de antemano y se deben ajustar a los requisitos

absolutos de la prueba del criterio triple. Por consiguiente, el cumplimiento de esos requisitos es mucho más probable que adoptando un enfoque que deja a cargo de los tribunales nacionales la determinación de la validez de ciertos tipos de usos en función de criterios amplios, como ocurre con el Artículo 107 de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU.

c) Otro enfoque – La legislación de Australia

Un enfoque algo diferente del de los EE.UU. o de la CE es el de la Ley de Derecho de Autor de Australia. Sus disposiciones van incluso más allá que las de la Directiva de la CE pues contienen muchas excepciones cuidadosamente limitadas que se aplican a categorías específicas de obras o derechos conexos, o únicamente a usos específicos de dichas obras o derechos conexos. En cambio, en ella se dictan varias disposiciones de más amplio alcance (las relativas al uso legítimo de las obras) que reflejan la fórmula más abierta de uso leal prevista en la Ley de los EE.UU., aunque siendo aún relativamente limitadas en su propósito. Además, la Ley de Australia contiene ahora un número importante de licencias obligatorias que permiten ciertos usos en casos específicos a cambio de una remuneración equitativa.

Tal como se muestra a continuación, el resultado es un mosaico de excepciones y licencias obligatorias que se ha formado mediante un proceso constante de adaptación de los intereses en conflicto y no siempre es fácil ver una serie de principios coherentes¹⁴¹ que conformen un todo. En cambio, el hecho de que estas disposiciones sean muy detalladas y precisas las hace más transparentes y fáciles de analizar cuando se considera la cuestión de la conformidad de las disposiciones con las obligaciones internacionales de Australia, en particular con la prueba del criterio triple.

A continuación se indica el alcance y la naturaleza de estas excepciones y de los usos remunerados. Las breves descripciones correspondientes a cada disposición indican el grado de precisión y de detalle que caracteriza a muchas de ellas¹⁴².

LICENCIAS OBLIGATORIAS

Estas licencias son muy detalladas y su estructura es muy elaborada y abarca las siguientes amplias categorías de usos sujetos al pago de una remuneración equitativa:

Reproducción y comunicación múltiples de obras y de artículos periódicos por instituciones educativas y de otra índole: Pt VB.

Copia y comunicación de emisiones por instituciones educativas y de otra índole que asisten a lectores minusválidos: Pt VA.

¹⁴¹ Este tema fue abordado por la Comisión de Examen de la Ley de Derecho de Autor en un informe sobre excepciones y limitaciones establecido en 1998: Copyright Law Review Committee, *Simplification of the Copyright Act 1968, Part I: Exceptions to the Exclusive Rights of Copyright Owners*, Canberra, septiembre de 1998.

¹⁴² Véase un examen más detallado de estas distintas disposiciones en S. Ricketts, *The Law of Intellectual Property: Copyright, Designs and Confidential Information*, LBC, Sydney, 1999, Chapter 11, and J.C. Lahore, *Copyright Law and Designs*, Butterworths, Sydney, 1996, p. 40 y siguientes.

Comunicación al público de grabaciones sonoras: Artículo 108.

Radiodifusión de grabaciones sonoras: Artículo 109.

Retransmisión de emisiones inalámbricas: Pt VC.

Uso de obras y de objetos por la Corona: Artículo 183.

Realización de emisiones sonoras de obras literarias o dramáticas publicadas efectuada por titulares de licencias para emisiones destinadas a discapacitados visuales: Artículo 47A.

Reproducción de obras sujeta al pago de regalías, de conformidad con el Artículo 3 de la Ley de Derecho de Autor de 1911 (Reino Unido): Artículo 219.

Reproducción de obras o de grabaciones sonoras con fines de radiodifusión: Artículos 47.3), 70.3) y 107.3).

Es evidente que comprobar el cumplimiento de esas disposiciones con las obligaciones internacionales expuestas en este estudio exigirá un análisis de cada una de las disposiciones, aunque como cuestión general se puede prever que el cumplimiento será más fácil cuando la excepción en cuestión sea de poco alcance, esté sujeta a condiciones (incluida la posibilidad de una remuneración equitativa) y no cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor y/o titular del derecho¹⁴³.

APLICACIÓN DE LA PRUEBA DEL CRITERIO TRIPLE A DETERMINADAS ESFERAS DE INTERÉS

En esta sección, explicaremos brevemente la aplicación de la prueba del criterio triple a determinadas esferas de interés y los tipos de cuestiones que se plantearán a los legisladores nacionales al formular sus limitaciones y excepciones legales, particularmente en el entorno digital.

a) Copia privada

Se trata de una esfera con múltiples usos posibles, en la que el tipo de uso privado previsto deberá ser cuidadosamente definido y limitado para poder satisfacer el primero de los criterios, sin hablar del segundo y el tercero. En este caso resulta instructiva la disposición sobre uso privado que figura en el Artículo 5.2)b) de la Directiva de la CE que dice lo siguiente:

¹⁴³ En cierta medida, el autor ha hecho este análisis de las disposiciones australianas aplicables a las reproducciones y comunicaciones efectuadas por bibliotecas y archivos alegando que varias de estas disposiciones siguen sin cumplir los requisitos de la prueba del criterio triple: véase S. Ricketson, "The Three-step Test, Deemed Quantities, libraries and Closed Exceptions," Advice prepared for the Centre of Copyright Studies Ltd.," Centre for Copyright Studies, Sydney 2003.

“en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas *por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales*, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el Artículo 6;”

Se limita la aplicación de la disposición a los individuos y se indica claramente que el uso debe limitarse a fines no comerciales (primer criterio). Luego se supone que esos usos no entrarán en conflicto con la explotación normal de la obra (segundo criterio), en el supuesto de que es casi imposible para el autor o titular del derecho de autor reglamentar esto mediante acuerdos de licencia privados o porque es un uso privado y no público de la obra y que se trata de un factor normativo no económico contrapuesto a los intereses económicos del autor. Por último, por lo que se refiere al perjuicio injustificado a los intereses del titular del derecho (tercer criterio), se exige en la disposición que el titular reciba una compensación equitativa que tenga en cuenta la aplicación, de haberla, de medidas tecnológicas de protección (véase más adelante).

En cambio, la disposición de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. relativa al uso leal deja este tipo de cuestión a discreción de los tribunales para que éstos la examinen caso por caso con resultados a veces muy discutibles. Uno de esos primeros casos consistió en permitir la práctica de la programación en diferido por grabadoras vídeo en el hogar¹⁴⁴; ulteriormente, los tribunales estadounidenses se han mostrado más escépticos sobre los efectos de las alegaciones de “transferencia a otro medio de fijación” y han decidido que una defensa basada en el acto leal no se aplicaba a tales usos¹⁴⁵.

b) Interés público

Este es un concepto muy amplio por lo que se refiere a las limitaciones y excepciones a la protección. Por consiguiente, es poco probable que cualquier excepción pueda justificarse sobre la base de una alegación de “interés público”. A los efectos del primer criterio, se tendría que especificar claramente la naturaleza y el alcance del interés público: ejemplos posibles podrían ser para la protección de la salud pública, con fines de observancia de la ley, o por razones de seguridad nacional (aunque esta última excepción se justificaría también en virtud del Artículo 17 del Convenio de Berna). No obstante, para nuestro análisis, todo lo que se necesita decir es que cualquier “interés público” no calificado casi inevitablemente no cumplirá con el primer criterio, habida cuenta también en este caso de que en otras limitaciones y excepciones en virtud del Convenio de Berna se destacan “intereses públicos” de distintas índoles, como en los Artículo 2*bis*, 10 y 10*bis*.

Por lo que se refiere al segundo y tercer criterios, según la definición y el alcance del interés público, probablemente surjan consideraciones normativas de carácter no económico suficientes como para contrarrestar las consideraciones de carácter económico (segundo criterio), pero cualquier perjuicio injustificado causado al titular podría exigir el pago de una remuneración equitativa o, por lo menos, la imposición de condiciones estrictas sobre el tipo de uso que esté permitido.

¹⁴⁴ *Sony Corp of America v Universal City Studios, Inc*, 464 US 417 (1984).

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, *UMG Recording, Inc v MP3.Com, Inc*, 92 F Supp 2d 349 (SDNY, 2000); *A & M Records, Inc v Napster, Inc* 239 F 3d 1004 (9th Cir 2001).

c) Bibliotecas y archivos

Los usos de obras protegidas por bibliotecas y archivos han dado lugar a controversias en muchos países. Esas instituciones, particularmente cuando son sin fines lucrativos, pueden alegar que su motivación principal es de carácter educativo, informativo y evidentemente benéfico para la comunidad en su conjunto y que por consiguiente ese uso no está sujeto a reclamaciones por los titulares. Ante esta situación, estos últimos alegarán que sus obras no deben ser utilizadas para fomentar el papel educativo e informativo de estas instituciones (los mismos argumentos se aplican con la misma fuerza en el caso de las instituciones educativas; véase más adelante). Por consiguiente, la prueba del criterio triple puede constituir un medio de conciliación de estas opiniones opuestas:

1. Es necesario especificar claramente el tipo de uso en bibliotecas o archivos y también definir sus límites (primer criterio). Para ser más claros, una disposición que permita la copia en gran escala de obras para los usuarios de bibliotecas a petición de éstos sería demasiado amplia. No así una disposición que limite la copia por las bibliotecas o archivos a la copia con fines de preservación o que permita a los usuarios hacer copias con fines de investigación y dentro de los límites que estos individuos se fijen.

2. Será necesario equilibrar las consideraciones normativas económicas y no económicas: ¿hasta qué punto la excepción propuesta entra en conflicto con los usos que los titulares pueden esperar razonablemente explotar para sí y en qué medida debe esta finalidad ser desplazada por la finalidad educativa o de otra índole que la excepción pretende conferir (segundo criterio)?

3. ¿Qué límites se imponen a la copia que está permitida e impiden estos límites que cualquier perjuicio causado al titular sea injustificado? Según el volumen de copias efectuadas, según las personas que permitan efectuar las copias y según que la copia esté o no sujeta a la obligación de pagar una remuneración equitativa, es posible que se satisfaga el tercer criterio.

d) Educación

El tipo de análisis que se aplica en este caso es muy similar al efectuado anteriormente con respecto a las bibliotecas y archivos. En este caso, sin embargo, cabe recordar la posibilidad de aplicar el Artículo 10.2) del Convenio de Berna, aunque se ha dicho antes que los requisitos de esta disposición deben ir parejos a los de la prueba del criterio triple. Se trata de un ámbito en el que las licencias obligatorias del tipo de las previstas en la Ley de Australia pueden ser apropiadas y ello estará permitido tanto en virtud de la prueba del criterio triple como del Artículo 10.2).

La enseñanza a distancia es otro de los usos que exige especial atención y es probable que en ésta intervengan dos derechos exclusivos que se han de proteger en virtud del WCT y del Convenio de Berna, a saber, el derecho de reproducción y el derecho de comunicación. La concesión de licencias obligatorias en este caso puede ser un medio de garantizar que no se cause ningún perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores, asegurando de que se logre un equilibrio apropiado entre los derechos de los autores y los de aquellos que pretenden cumplir objetivos educativos.

e) Asistencia a personas con deficiencias visuales o auditivas

Se trata de un ámbito que conviene abordar cuidadosamente. Las excepciones en este caso, si bien se limitan a grupos específicos de usuarios, pueden no obstante tener una cobertura más amplia y abarcar todo tipo de obras y usos.

Por consiguiente, será necesario definir y limitar claramente las excepciones para establecer que éstas son “determinados casos especiales” correspondientes al primer criterio de la prueba del criterio triple. El segundo criterio también puede resultar problemático ya que esos usos pueden entrar en conflicto con la explotación normal de la obra; podrá ser necesario en este caso considerar desde una perspectiva no normativa el equilibrio entre las verdaderas necesidades de esos usuarios y los intereses económicos de los autores al explotar sus obras. Por último, será necesario considerar la cuestión del perjuicio injustificado ya que la respuesta podría ser perfectamente que se trata de un ámbito que tendría que estar sujeto al requisito del pago de una remuneración equitativa en lugar de ser gratuito. Es el caso de la Legislación de Australia con respecto a los lectores discapacitados visuales (Parte V, División 3) y a los lectores discapacitados intelectuales (Parte V, División 4). Las licencias obligatorias se conceden en estos casos únicamente a instituciones que asisten a estos lectores, lo que claramente refuerza su pretensión de ser uno de los “determinados casos especiales” del primer criterio de la prueba del criterio triple.

En cambio, el Artículo 5.3)b) de la directiva de la CE no exige que esos usos estén sujetos a una remuneración equitativa al estipular que se podrán establecer excepciones o limitaciones 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”. Se trata de algo mucho más amplio que las disposiciones de la Ley de Australia en el sentido de que se abarcan usos de todos los derechos pertinentes (las disposiciones de la Ley de Australia se limitan a la reproducción y comunicación), no se define qué personas pueden beneficiarse de la excepción (en la Ley de Australia, las excepciones se limitan a las instituciones que asisten a esas personas) y no se define la naturaleza de la minusvalía (las disposiciones de la Ley de Australia se limitan a los lectores que son discapacitados visuales o intelectuales). Por consiguiente, en este caso no se satisface el primer criterio de la prueba del criterio triple.

Lo mismo se puede decir del segundo criterio. Si bien el Artículo 5.3)b) se limita a los usos directamente relacionados con la minusvalía y que son “de carácter no comercial”, éstos se relacionan únicamente con el usuario y no tienen en cuenta el hecho de que dichos usos pueden no obstante afectar la explotación normal de la obra por el autor o titular del derecho de autor; por ejemplo, este último se ve privado de la oportunidad de autorizar la preparación de ediciones especiales para este tipo de lectores. En otras palabras, las consideraciones normativas no económicas son pertinentes en este caso y el hecho de que las excepciones han de ser “en beneficio de personas con minusvalías” y únicamente “en la medida en que lo exija la minusvalía considerada” puede hacer inclinar la balanza hacia el otro lado. No obstante, si se considera que puede quedar satisfecho el segundo criterio por referencia a estas consideraciones normativas no económicas debido a que no se trata realmente de un mercado que el autor o titular del derecho debería poder explotar, subsiste el problema del tercer criterio. Éste ha de ser un caso en el que el perjuicio ocasionado a los intereses legítimos del autor por el uso gratuito no remunerado será injustificado: no sólo se impugnarán los intereses económicos sino que también es posible que los derechos morales lo sean, por ejemplo, si un uso distorsiona la obra o no consigue identificar al autor. A este respecto, las

disposiciones de la Ley de Australia son más compatibles con el tercer criterio, en el sentido de que exigen una remuneración y no menoscaban la protección de los derechos morales.

No obstante, sería injusto terminar el examen del Artículo 5.3)b) en este punto, sin referirse al requisito absoluto del Artículo 5.5) que exige la aplicación de la prueba del criterio triple a todos los usos que sean objeto de excepciones en virtud de las disposiciones anteriores. Por consiguiente, todo lo que se puede decir es que el Artículo 5.3)b) en sí no satisface los requisitos de la prueba del criterio triple, pero que los países de la CE sí los deberán satisfacer en virtud del Artículo 5.5). A este respecto, el Artículo 5.3)b) sólo es una entrada en materia para la consideración de excepciones en este ámbito.

f) Reportajes informativos

Este tipo de uso está amparado en gran medida por el Artículo 10bis.2) del Convenio de Berna y ya se ha dicho antes que, en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, este uso no puede someterse a la prueba del criterio triple y del mismo modo su alcance no puede ser reducido o ampliado por la prueba del criterio triple en virtud del WCT. No obstante, la prueba del criterio triple del Artículo 10.1) del WCT podría ser aplicable en el caso de los nuevos derechos conferidos en virtud del WCT, en particular la comunicación al público por Internet. ¿En qué forma se aplicaría entonces la prueba del criterio triple en este caso?

1. Será necesario definir claramente la naturaleza del uso permitido así como su alcance (primer criterio).
2. ¿En qué medida los usos entrarían en conflicto con usos que de otro modo se supone que el titular del derecho puede controlar y qué peso se le ha de dar al beneficio público/carácter informativo del uso (segundo criterio)? A este respecto, se recordará que el Artículo 10bis2) impone su propia limitación estricta: “en la medida justificada por el fin de la información”.
3. ¿Puede el alcance del uso ocasionar un perjuicio injustificado al titular del derecho en vista de su carácter de beneficio público? A este respecto, podría no ser necesaria una compensación, pero el citar las fuentes y atribuir la paternidad pueden ser condiciones importantes para garantizar que el perjuicio se mantenga dentro de límites razonables (tercer criterio). No obstante, esas cuestiones no se abordan expresamente en el Artículo 10bis.2).

g) Comentarios críticos y análisis

Esta es también una cuestión que se aborda en el Artículo 10.1), pero se ha dicho antes que las condiciones de esta disposición corresponden en sustancia a las de la prueba del criterio triple.

1. Es posible que el propósito de los comentarios críticos y los análisis se defina en términos suficientemente claros, aunque puede resultar útil hacer algunas precisiones, por ejemplo, si el uso está permitido únicamente para comentar o analizar tal obra, otras obras del autor, las ideas generales o la filosofía del autor, etcétera (primer criterio).

2. El volumen considerado puede ser significativo en relación con el segundo criterio, pero se supone que la finalidad del uso impone una clara restricción en todos los casos (segundo criterio).
3. Las cuestiones tales como la necesidad de atribuir la fuente y la paternidad pueden impedir que el uso ocasione un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho (tercer criterio).

h) Usos en el entorno digital

En el entorno digital surgen nuevos usos de obras y de otras materias que nunca se hubieran contemplado en la era predigital. Uno de los primeros objetivos del WCT y el WPPT (a veces denominados “Tratados Internet”) fue el de hacer frente a este desafío y, en particular, prever una mayor protección de los autores y titulares de derechos en este nuevo entorno. Al mismo tiempo, se reconoció que era necesario mantener un equilibrio entre estos derechos y “los intereses del público en general”, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información¹⁴⁶. Tal como ya se ha visto, las disposiciones de los tratados relativas al nuevo derecho de comunicación al público y a las medidas tecnológicas están destinadas a resolver los problemas de los titulares de derechos. No obstante, la cuestión de las limitaciones y “intereses del público en general” en el entorno digital es más desconcertante y depende del efecto de las distintas declaraciones concertadas antes examinadas. En particular, se plantean lo siguiente:

1. Cabe preguntarse si el Artículo 9.1) del Convenio de Berna ha de interpretarse en el sentido de que se aplica a usos digitales. La declaración concertada adjunta al Artículo 1.4) del WCT indica claramente que sí se aplica, pero no está muy claro si esta declaración forma parte del contexto del WCT a los fines de su interpretación o si se trata simplemente de una ayuda suplementaria para la interpretación, de conformidad con el Artículo 32 de la *Convención de Viena* (véase más arriba el examen de esta cuestión).
2. Suponiendo que el Artículo 9.1) abarque las reproducciones digitales, es evidente que se aplicará la prueba del criterio triple en virtud del Artículo 9.2) y que ésta permitirá la ampliación de las excepciones existentes al entorno digital y/o la creación de nuevas excepciones que se apliquen únicamente en el entorno digital. A este respecto, la referencia en la declaración concertada correspondiente al Artículo 10 del WCT en el sentido de que estas excepciones deberían ser “apropiadas” añade poco, si es el caso, a los requisitos de la prueba del criterio triple, salvo para poner de relieve que los usos digitales pueden tener consecuencias bastante diferentes de las que tienen los demás usos en el entorno real o sea de la copia física.
3. Las mismas consideraciones se aplican evidentemente en el caso de los nuevos derechos implícitos en el WCT, en particular, el derecho de comunicación al público. En este caso se aplicará la prueba del criterio triple en la misma forma en que se aplica al derecho de reproducción en virtud del Convenio de Berna.

A continuación se indican brevemente ciertos ejemplos de usos digitales a los que se aplica la prueba del criterio triple.

¹⁴⁶ Véanse los preámbulos del WCT y del WPPT.

i) Copia temporal

Esta fue una de las cuestiones peliagudas que se planteó durante la Conferencia Diplomática de 1996, en Ginebra, y cabe recordar que no ha llegado a plasmarse en el texto del WCT ninguna disposición relativa a las reproducciones temporales. Por consiguiente, incumbe a los legisladores nacionales determinar si han de prever excepciones para ese tipo de reproducción en sus legislaciones, y ello en qué medida. En virtud tanto del Convenio de Berna como del Acuerdo sobre los ADPIC y del WCT, dichas excepciones estarán sujetas a la prueba del criterio triple con una ligera modificación en el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, donde se dejarán de lado las cuestiones relacionadas con los derechos morales. Por consiguiente, las cuestiones que es preciso determinar son las siguientes:

1. ¿Se trata en este caso de un “determinado caso especial”? ¿Hasta qué punto las circunstancias del uso propuesto pueden definirse y limitarse? A este respecto, el Artículo 5.1) de la Directiva de la CE (véase más arriba) parece constituir una guía satisfactoria; otro modelo sería el Artículo 43A de la Ley de Derecho de Autor de Australia, de 1968, que dice lo siguiente:

“1) El derecho de autor sobre una obra, o sobre la adaptación de una obra, no se infringe al efectuar una reproducción temporal de la obra o de una adaptación de la obra, o una adaptación como parte del proceso técnico de realización o de recepción de una comunicación.

2) El párrafo 1) no se aplica a la realización de una reproducción temporal de una obra, o una adaptación de una obra, como parte del proceso técnico de realización de una comunicación si la comunicación constituye una infracción del derecho de autor.”

2. ¿Se trata de una forma de explotación que pertenece al autor o titular del derecho? A este respecto, su carácter temporal y casual puede indicar la ausencia de un conflicto económico real con la explotación normal de las obras protegidas, mientras que el hecho de que sea una parte integral y necesaria de un proceso amplio que conduce a la comunicación de una obra puede indicar que no se trata de algo que el autor o titular del derecho necesite controlar. Tal como se indica en el Artículo 43.2) de la Ley de Australia, la excepción sólo intervendrá si la comunicación ha sido autorizada.

3. Si se han puesto límites prudentes en el alcance del uso, ello indica que no se ha ocasionado un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular del derecho. También en este caso, tanto las disposiciones de la Directiva de la CE como de la Ley de Australia contienen limitaciones estrictas a este respecto.

j) Transmisión por caudales en tiempo real por Internet

El ejemplo de la difusión por Internet ya se ha mencionado anteriormente con el comentario de que la comunicación de sonidos (interpretaciones o ejecuciones de obras musicales y dramáticas y recitaciones de obras literarias) deberá satisfacer la doctrina de las reservas menores en virtud del Convenio de Berna, mientras que otros componentes de la comunicación (textos e imágenes) estarán sujetos al Artículo 10 del WCT y a la prueba del criterio triple. Surgen consideraciones similares cuando las obras se transmiten en caudales en tiempo real, ya sea en forma de sonidos, de imágenes o de texto. Cualquiera que sea el

criterio aplicable, es poco probable que la transmisión por caudales satisfaga los requisitos de alguno de ellos. La comunicación será potencialmente de la integridad de la obra en cuestión, aunque es posible que el receptor sólo escuche o visualice una parte de la obra. No hay nada en dichos usos que sugiera que éstos pueden ser insignificantes; del mismo modo, es difícil ver cómo pueden satisfacer el primero de los tres criterios y, por supuesto, ni hablar del segundo y el tercero.

En la medida en que la transmisión por caudales también pueda tener que ver con el derecho de reproducción, en los casos en los que pequeñas partes de obras se almacenan temporalmente en la memoria de acceso directo (RAM) de la computadora de un receptor, es probable que éstas correspondan al ámbito de la copia temporal antes mencionada y por consiguiente cumplan con los requisitos de la prueba del criterio triple. No obstante, es importante señalar la limitación contenida en la disposición pertinente de la Ley de Australia (Artículo 43A) a este respecto: la excepción sólo se aplica si la comunicación (la transmisión por caudales) ha sido autorizada.

k) Redes de intercambio entre usuarios por Internet

Es esta otra forma de utilización, conocida mundialmente por los ejemplos de Napster y KaZaa, en la que las obras pueden comunicarse por conducto de una red y las reproducciones efectuarse en la computadora de un receptor. Una vez más, es difícil ver una justificación para esos usos en virtud de la prueba del criterio triple. La sugerencia de que dicha práctica pudiera justificarse como una transferencia a otro medio de fijación y por lo tanto como uso leal, fue rechazada por los tribunales de los EE.UU. en el caso *A & M Records, Inc v Napster, Inc* 239 F 3d 1004 (9th Cir 2001). El verdadero problema en estos casos, en particular con el modelo de distribución proporcionado por KaZaa, es establecer la responsabilidad inicial del proveedor por infracción o autorización de infracción, donde los actos efectivos de infracción (comunicación y reproducción) los realizan los distintos abonados.

MEDIDAS TECNOLÓGICAS

Una última cuestión que cabe considerar es la de la relación entre la obligación con respecto a las medidas tecnológicas en virtud del Artículo 11 del WCT y las disposiciones de los distintos convenios relacionados con las limitaciones y excepciones. Una disposición similar aparece en el Artículo 18 del WPPT. ¿Hasta qué punto, si se da el caso, pueden las medidas adoptadas de conformidad con los Artículos 11 y 18 impedir a los usuarios invocar las limitaciones y excepciones que de otro modo están permitidas en virtud de cualquiera de los convenios considerados en este estudio?

El Artículo 11 del WCT dice lo siguiente:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley”.

Se trata de un tipo totalmente nuevo de disposición que figura en un acuerdo internacional de derecho de autor, por la que se exige que los Estados miembros adopten

ciertas medidas para impedir que terceros eludan las medidas tecnológicas adoptadas por los autores para proteger el ejercicio de sus derechos sustantivos. Estas medidas pueden ser de distintos tipos y van de los dispositivos que impiden el acceso a la obra, salvo en ciertas condiciones, a los dispositivos de protección de la copia u otros dispositivos que restringen o impiden los distintos usos infractores. El Artículo 11 está redactado en términos generales y deja muchos elementos a discreción de los Estados miembros¹⁴⁷.

La cuestión de la interrelación entre el Artículo 11 (y 18) y las limitaciones y excepciones a la protección es una cuestión difícil y muy controvertida desde el punto de vista de la política de derecho de autor. Por un lado, los usuarios de obras protegidas alegan que las medidas contra los actos de elusión no deberían poder impedir a los usuarios hacer lo que de otro modo están libres de hacer con sujeción a las limitaciones y excepciones existentes, por ejemplo, en relación con cuestiones tales como la investigación, los comentarios críticos y los análisis. Por otro lado, los autores y los titulares de los derechos temen que las limitaciones y excepciones en relación con sus medidas contra los actos de elusión puedan socavar el valor de esas medidas y opinan que, en cualquier caso, los intereses legítimos del público pueden respetarse adecuadamente en acuerdos de licencia voluntarios apropiados¹⁴⁸.

Por lo que respecta a las obligaciones internacionales en virtud de los Artículos 11 y 18, se puede decir lo siguiente:

1. Los Estados Contratantes proporcionarán “protección jurídica adecuada”¹⁴⁹ contra la acción de eludir “las medidas tecnológicas efectivas”¹⁵⁰ que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del WCT o del Convenio de Berna (o por los artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en virtud del WPPT, según sea el caso). Por lo visto los derechos a que se hace referencia aquí son los derechos exclusivos estipulados en el WCT (distribución, alquiler y comunicación al público) y esos derechos se especifican en los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (tanto derechos patrimoniales como derechos morales). En el caso del Artículo 18 del WPPT, se trata de los derechos exclusivos que se conceden a los intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en virtud de ese instrumento. Por supuesto, los Estados Contratantes no están obligados a exigir que los autores y los titulares del derecho adopten dichas medidas. Las obligaciones en virtud de los Artículos 11 y 18 sólo se hacen efectivas cuando y donde los autores y los titulares de los derechos hayan elegido que así sea.

2. Estas “medidas tecnológicas efectivas” deben restringir “actos, respecto de sus obras [interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas] que no estén autorizados por los autores concernidos (intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas) o permitidos por la ley”. Los “actos” restringidos en este caso son los relacionados con la elusión que por lo visto se dividen en dos categorías amplias: los que restringen el acceso a la obra, a la interpretación o ejecución o al fonograma y los que restringen la realización de ciertos actos, por ejemplo, la

¹⁴⁷ Para un examen más detallado del Artículo, sus antecedentes así como estudios comparativos de las disposiciones nacionales respecto de estas cuestiones, véase Ficsor, p. 544 y siguientes, y Reinbothe and von Lewinski, p. 135.

¹⁴⁸ Reinbothe and von Lewinski, p. 146.

¹⁴⁹ Sobre el significado de esta expresión, véase *Ibid*, p. 143.

¹⁵⁰ Véase *Ibid*, p. 145.

realización de reproducciones relacionadas con la obra, la interpretación o ejecución, o el fonograma¹⁵¹.

3. Las obligaciones estipuladas en los Artículos 11 y 18 de otorgar una protección contra estos actos no se aplican cuando éstos están autorizados por el autor [intérprete o ejecutante, o productor de fonograma] o están “permitidos por la ley”. La primera de estas calificaciones no tendría que plantear ninguna dificultad, aunque resulta difícil prever situaciones en las que las leyes nacionales puedan prever una protección en los casos en que el acto de eludir las medidas tecnológicas ha sido autorizado por el autor, artista intérprete o ejecutante, o productor de fonograma.

4. La segunda calificación es clara, aunque limitada en su efecto. Las palabras “permitidos por la ley” parecen referirse a las leyes nacionales y por lo tanto indican que las actividades de elusión de las medidas tecnológicas pueden estar permitidas por la ley del Estado contratante en cuestión. Sin embargo, ello no implica que en virtud de esa ley se prevean excepciones o limitaciones particulares respecto de la protección contra los actos de elusión; por ejemplo, que se deban hacer excepciones cuando el acceso o la copia sean necesarios para salvaguardar la seguridad nacional o reunir información secreta, con fines educativos o para las bibliotecas. Por consiguiente, el que se establezcan en las leyes nacionales excepciones o limitaciones respecto de las medidas de protección exigidas en los Artículos 11 y 18 se deja enteramente a discreción del Estado Contratante¹⁵².

5. Salvo una excepción (véase más adelante), tampoco es posible extraer de las distintas disposiciones de cualquiera de los convenios aquí estudiados obligaciones generales con respecto a las limitaciones y excepciones. Tal como lo hemos visto, la mayor parte de esas limitaciones y excepciones tienen un carácter permisivo y no se exige a los Estados contratantes que las apliquen: sólo cuando lo hacen deben cumplir con las distintas condiciones previstas en las disposiciones pertinentes. Por consiguiente, no puede haber obligación alguna para que dichos Estados apliquen estas limitaciones o excepciones a cualquiera de las medidas contra los actos de elusión que adopten de conformidad con los Artículos 11 y 18. Pueden decidir adoptar tan sólo unas cuantas o incluso ninguna de las limitaciones o excepciones previstas en esos convenios; asimismo, como ha ocurrido con muchas leyes nacionales, tienen libertad para elaborar otro tipo de limitaciones y excepciones que no estén contenidas en esos convenios. Una formulación interesante es la contenida en el Artículo 6.4) de la Directiva de la CE que exige que los Estados miembros, a falta de medidas voluntarias adoptadas por los titulares de los derechos, en particular, acuerdos entre los titulares de derechos y las demás partes involucradas,

¹⁵¹ Véase también Ficsor, p. 548. Ficsor considera que estos Artículos se aplican tanto en el entorno físico como en el entorno digital, aunque evidentemente su principal aplicación será en este último.

¹⁵² Esta cuestión se ha abordado diferentemente en las distintas leyes nacionales; por ejemplo, véanse las disposiciones de la legislación de los EE.UU., introducidas por la Ley de Derecho de Autor del Milenio Digital de 1998, plasmadas actualmente en la Ley de Derecho de Autor de 1976, Artículo 1201d) (bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin fines de lucro), e) observancia, inteligencia y otras actividades gubernamentales, f) ingeniería inversa, g) investigación relacionada con la encriptación; Artículo 6.4) de la Directiva de la CE sobre los Derechos de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la Información; y Artículos 116A.2) a 7) de la Ley de Derecho de Autor de Australia de 1968. Véase además Ficsor, p. 557 y siguientes.

“tomen las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d) y e) del apartado 2 del Artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas”.

En otra disposición de este Artículo también se permite a los Estados miembros adoptar medidas similares respecto de excepciones o limitaciones establecidas en virtud del Artículo 5.2)b) (copia privada) con sujeción a ciertas condiciones.

6. No obstante, existe una disposición en el Convenio de Berna que es de carácter obligatorio y que puede plantear problemas a la hora de aplicar el Artículo 11 del WCT. Se trata del Artículo 10.1) que se refiere a las citas tomadas de obras que “se hayan hecho lícitamente accesibles al público”. En virtud del Artículo 1.4) del WCT, las Partes Contratantes están obligadas a adoptar dicha excepción, sean o no estos Estados parte en el Convenio de Berna. En consecuencia, las medidas contra los actos de elusión pueden trascender esta excepción cuando el efecto de esas medidas es o bien negar a los usuarios el acceso a las obras protegidas a los efectos de tomar citas de éstas, o bien impedirles que realicen la reproducción o difusión necesarias de la cita. ¿Es por consiguiente necesario que las leyes nacionales permitan una excepción de esa índole respecto de las medidas adoptadas contra los actos de elusión? A este respecto, cabe observar que ninguna de las leyes nacionales o regionales mencionadas lo hace.

7. La respuesta a la pregunta planteada en el párrafo anterior tiene que ver con el significado y el alcance de las palabras “una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público” que se utilizan en el Artículo 10.1). Estas palabras han sido formuladas en la era predigital, cuando las obras estaban a disposición de los usuarios en formatos físicos y podían acceder a ellas y utilizarlas sin que el titular del derecho de autor pueda imponer ninguna limitación física o técnica sobre lo que pudieran hacer los usuarios. En esa etapa, el que salía favorecido era el usuario, aunque ciertas disposiciones, tales como el Artículo 10.1), pretendían imponer limitaciones jurídicas a lo que el usuario pudiera hacer. En cambio, en el entorno digital, la balanza se inclina decididamente hacia el otro lado, a favor del titular del derecho de autor, si éste puede aplicar medidas tecnológicas efectivas que denieguen absolutamente la protección, salvo en condiciones especificadas por el titular. Sin embargo, las palabras “lícitamente accesible” del Artículo 10.1) plantean aquí el siguiente problema: una obra que se ponga a disposición del público en un formato digital protegido se ha hecho accesible al público de forma tan lícita como una obra realizada en un formato físico tradicional, aunque el titular del derecho imponga luego su veto sobre lo que los usuarios y otras terceras partes puedan hacer con esa versión.

8. Estas consideraciones permiten llegar a la conclusión de que la obligación del Artículo 11 del WCT de prever una protección contra los actos de elusión tiene que tener en cuenta el ejercicio del derecho de terceros de tomar citas de una obra en virtud del Artículo 10.1) del Convenio de Berna. En otras palabras, si una obra ya ha sido puesta a disposición del público en formato analógico, será posible ejercer esos derechos aun cuando esto no se pueda hacer con una versión digital protegida mediante una medida tecnológica efectiva de protección. (En otras palabras, no se exige del titular del derecho de autor que cierre con llave su depósito si ya ha puesto a disposición del público copias en las estanterías del almacén). En cambio, si una obra sólo está disponible en formato digital protegido y si no existe ninguna disposición que proteja la toma de citas de la obra salvo lo especificado por el

titular del derecho, el efecto de todo ello será la denegación de la excepción prevista en el Artículo 10.1). Esto evidentemente tendrá consecuencias de largo alcance en el futuro ya que hay cada vez más obras disponibles únicamente en formatos digitales protegidos. El resultado viene a ser que la única excepción específicamente obligatoria en virtud del Convenio de Berna quedaría neutralizada en el entorno digital.

9. Si se aceptan los argumentos expuestos en el párrafo anterior, se propone que los legisladores nacionales procedan en una de las dos maneras siguientes:

i) prever que el derecho de tomar citas de una obra esté estipulado en una disposición general como es el Artículo 6.4) de la Directiva de la Comunidad Europea; o

ii) prever que la excepción *no se aplicará o no necesitará aplicarse* a la versión digital protegida mientras estén disponibles versiones analógicas de la obra¹⁵³, pero que dicha excepción *deberá* preverse en los casos en que una obra sólo esté disponible en formatos digitales protegidos.

[Fin del documento]

¹⁵³ Una formulación utilizada en la legislación de Australia, aunque en contextos diferentes, es la siguiente: “no podrá obtenerse una copia (que no sea una copia de segunda mano) de la obra en un plazo razonable a un precio comercial corriente”: véase, por ejemplo, el Artículo 49.5)b) (relacionado con la realización de reproducciones por bibliotecas y archivos).